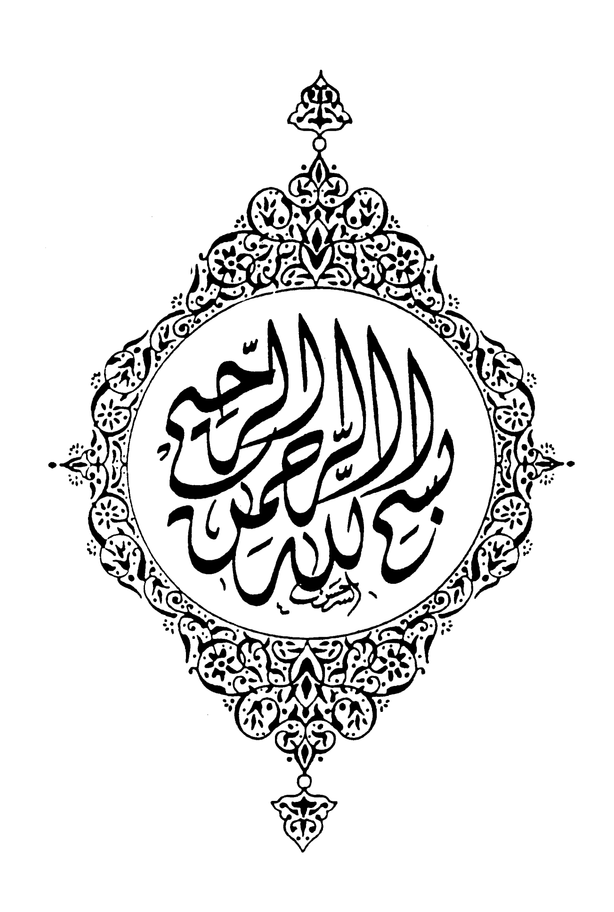


جامعة الإمارات العربية المتحدة
كلية الشريعة والقانون

مَجَلّة
الشريعة والقانون
"حولية محكمة"

العدد السابع في جمادى الأولى ١٤١٤هـ - نوفمبر ١٩٩٣م



بسم الله الرحمن الرحيم

-{{ يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُواْ مِنكُمْ وَ الَّذِينَ أُوتُواْ الْعِلْمَ دَرَجَتٍ }}-

صدق الله العظيم

ترسـل البحوث باسـم الأستاذ الدكتـور رئيس التحرير على العنوان التالـي :
دولة الامارات العربيـة المتحدة - جامعة الامارات العربية المتحدة
كلية الشريعة والقانون / العيـن - ص . ب ١٥٥٥١ - تلفون : ٦٤٣٩٩٨



هيئة تحرير المجلة

تصدير

بقلم

أ٠د ٠ مصطفى الجمال
رئيس التحرير

الحمد لله رب العالمين ، من كتابه يتعلم الانسان رسالته في الحياة الدنيا ، والصلاة والسلام على رسوله ، من سيرته يستمد منهج تحقيقها ٠

أما بعد ، فهذا هو العدد السابع من مجلة الشريعة والقانون ٠ نحينا فيه منحى العدد السابق ، في الجمع بين الأبحاث الشرعية والقانونية ، وفي اخضاع الأبحاث قبل نشرها لتحكيم دقيق صارم ، ضمانا لأصالتها وجدتها ، وتأكيداً لهوية المجلة كأداة للنشر العلمي المتميز في مجال الشريعة والقانون ، وفي إعداد ملخصات للأبحاث المنشورة باللغة الانجليزية أملا في إتاحة الفرصة أمام غير الناطقين باللغة العربية للإفادة منها ٠

ويطيب لنا أن نسجل في هذا المقام تزايد الطلب على المجلة من داخل الدولة ومن خارجها مع هذه التوجهات السابقة ، مما يؤكد أنها قد أخذت مكانتها اللائقة بين أدوات النشر العلمي المتميز في مجالات الشريعة والقانون ٠

ولعل هذا العدد يحمل ارهاصات توجه جديد نحو معالجة مشكلات العصر ٠ وهو اتجاه نأمل أن يتعاظم في الاعداد القادمة باذن الله ، من خلال أبحاث في نظم الحكم والادارة والعقاب ، وفي مختلف ضروب المعاملات ، تنبع من منظور ثقافي موحد ،

يجمع بين أصالة الفقه الاسلامي ومعطيات الحياة القانونية المعاصرة ·

ونأمل ، تعميقا لهذا التوجه ، أن تتضمن المجلة أبوابا ثابتة لتقييم الإصدارات الحديثة في مجالي الشريعة والقانون ، وعرض الأحكام القضائية التي ترسي المبادىء في مختلف المجالات السابقة والتعليق عليها ·

والله ولي التوفيق ،،،

أهداف المجلة وقواعد النشر

أولاً: أهداف المجلة:

مجلة كلية الشريعة والقانون حولية محكمة متخصصة تصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات العربية المتحدة ، وتهدف إلى :

١ - نشر البحوث المبتكرة التي يكتبها أعضاء هيئة التدريس بالكلية من أجل إثراء البحث العلمي في مجالي الشريعة والقانون ، مع إتاحة فرص النشر والنمو العلمي لأعضاء هيئة التدريس بالكلية .

٢ - توطيد الصلات العلمية والفكرية بين كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة ونظائرها في الجامعات العربية والخليجية .

٣ - معالجة المشكلات المتعلقة بدولة الإمارات العربية المتحدة ، ومنطقة الخليج ، والعالم الإسلامي والعربي من خلال البحوث العلمية التي يضطلع بها أعضاء هيئة التدريس في أقسام الكلية في مجال تخصصاتهم .

٤ - متابعة ورصد اتجاهات الحركة العلمية في نطاق الشريعة والقانون عن طريق التعريف بالكتب الحديثة في مجالي الشريعة والقانون ، والرسائل الجامعية التي تقدم للجامعات العربية والخليجية ، والمؤتمرات والندوات العلمية التي تتناول قضايا الإنسان وبيئته في العالم الإسلامي والعربي في المجالين المذكورين بالإضافة إلى أخبار التراث الفكري الإسلامي العربي والفتاوي الشرعية والقانونية .

٥ - إتاحة فرص التبادل العلمي مع المجلات العلمية المماثلة التي تصدرها الكليات المناظرة في الجامعات الأخرى .

ثانياً: قواعد النشر:

١ - تقوم مجلة الشريعة والقانون بنشر الدراسات الأصيلة والمبتكرة لأعضاء هيئة التدريس في الكلية ، ويجوز لهيئة التحرير أن تقبل بحوثاً من أعضاء هيئة التدريس في الكليات النظيرة في الجامعات الخليجية والعربية ، والإسلامية ،

مع العناية الخاصة بالموضوعات ذات الصلة بمنطقة الخليج والجزيرة العربية .

٢ - تقبل البحوث باللغتين العربية والإنجليزية أو الفرنسية على أن يتراوح حجم البحث بين خمسة آلاف وعشرة آلاف كلمة (١٦ - ٣٢) صفحة من القطع العادي ، وذلك عدا الهوامش والمراجع والأشكال والصور ، والملاحق .

٤ - ينبغي أن يرعي في البحوث التي تقدم للنشر مايلي :

(أ) أن لايكون البحث قد سبق نشـره .

(ب) اتباع الأصول العلمية من حيث الإحاطة والاستقصاء ، والحواشي والمصادر، والمراجع إلى غير ذلك من القواعد المرعية في البحوث العلمية .

(ج) يجب أن يراعي في البحوث المتضمنة لنصوص شرعية ضبطها بالشكل مع الدقة في الكتابة .

(د) يتضمن غلاف البحث اسم المؤلف ، والقسم الذي ينتمي إليه ، وأن تكتب السيرة العلمية للباحث في صفحة مستقلة بنحو موجز .

٤ - تزود هيئة التحرير بثلاث نسخ من البحث مرقومة على الآلة الكاتبة .

٥ - توجه البحوث إلى رئيس تحرير المجلة - جامعة الامارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون - ص ب ١٥٥٥١ العين - دولة الامارات العربية المتحدة .

٦ - يتم عرض البحوث - على نحو سري - على محكم أو أكثر من الذين يقع عليهم الاختيار .

٧ - تعد الأقسام العلمية لائحة المحكمين الداخليين والخارجيين ويعتمدها مجلس إدارة المجلة ، وتصرف المكافآت وفقا للقواعد المعمول بها في الجامعة .

٨ - يخطر أصحاب البحوث بالقرار حول صلاحيتها للنشر أو عدمه خلال مدة لا تتجاوز الشهرين .

٩ - ما ينشر في المجلة يعبر عن وجهة نظر صاحبه ، ولا يعبر بالضرورة عن وجة نظر هيئة التحرير أو جامعة الامارات العربية المتحدة .

البحـوث والدراسات الشرعيـة

تأملات في مواقف الفقه الاسلامي المعاصر
من قضيــة التأميــن

للأستاذ الدكتور

مصطفى محمد الجمــال

عميد كلية الشريعــة والقانــون

جامعة الامارات العربية المتحدة

١ - لعل موضوع التأمين من أكثر الموضوعات التي احتدم بشأنها الجدل طويلا في الفقه الاسلامي المعاصر ، دون أن يصل فيها إلى موقف موحد يرتضيه النقل والعقل . والمتتبع لهذا الجدل يلمس بوضوح العوامل الفاعلة في إحتدامه وإطالة أمده . لكنه يلحظ في الوقت نفسه اقترابا متزايدا من لب القضية وتوجها واضحا نحو معالجتها من المنظور الكلي للمجتمع الاسلامي ومتطلبات الحياة الانسانية فيه .

إن التأمين من الموضوعات الحادثة التي لم يكن لها وجود في عصور الفقه الاسلامي الأولى (١) .وقد استجد في عصر ذبلت فيه جذوة الإجتهاد بمعناه الأصيل وركنت الغالبية إلى التقليد ، على نحو انحصرت أدوات البحث في القياس على القوالب النظرية التي أفرزتها حياة السلف وحددت معالمها جهود الفقهاء في عصور الاجتهاد . وفي ظل هذا المناخ يكون من الطبيعي أن يقف الباحث عند رد الجديد المستحدث إلى شيء من القديم المعروف تبعا لما يلتمسه من أوجه التشابه بينهما ، مهما بدا القديم عاجزا عن استيعاب حقيقة الجديد وواقعه . وهذا مانلمسه بوضوح تام لدى غالبية من تناولوا قضية التأمين ، سواء في ذلك المحرمون له والمجيزون .

ثم إن التأمين حقيقة مركبة ، تجمع بين نسق جماعي لتوزيع آثار المخاطر ، يمكن أن تسميه بمنظومة التأمين ، وبين تصرف اختياري أو عقد يدلف به المعرض للخطر إلى هذا النسق ، وارتباط وظيفي بين عناصر هذا التصرف وبين معطيات النسق المذكور ، تؤسسه علوم الرياضيات والاحصاء . وهذا ما يجعل مهمة الباحث فيه

---

(١) في حداثة التأمين وأثرها على اختلاف وجهات النظر إليه : انظر حسين حامد حسان ، حكم الشريعة الاسلامية في عقود التأمين ، دار الاعتصام ، ص ٦ .

- أي في التأمين - صعبة محفوفة بالمخاطر . فلا يكفي للباحث لكي يصل إلى نتيجة سليمة أن يوجه نظره إلى عقد التأمين بمعزل عن منظومة التأمين أو إلى منظومة التأمين بمعزل عن عقد التأمين ، وإنما يتعين عليه فوق ذلك أن يركز نظره على الارتباط الوظيفي بين عقد التأمين ومنظومة التأمين ، ذلك الارتباط الذي يعطي للتأمين ذاتيته ويشكل خصائصه التي تقود إلى حله أو حرمته .

ولقد كان لهذين العاملين مجتمعين أثر حاسم في تشكيل مواقف الفقه الاسلامي المعاصر من قضية التأمين . فالغالبية تكاد تركن في حلها إلى القياس ، والقياس ينصب على عقد التأمين باعتباره موضوع الادراك المباشر والقريب للباحث ، فيؤدي إلى الحاقه بعقود المعاوضة التي يحرم فيها الربا والغرر ويوصل إلى حرمته ، أو إلى الحاقة بعقود التبرع التي لا يتصور فيها الربا ويغتفر فيها الغرر ، فيوصل إلى حله ، أو يؤدي إلى الحاق لبعض صوره بعقود المعاوضة وبعضها الآخر بعقود التبرع ، فيصل إلى المفارقة في الحكم بين هذه الصور .

٢ - إن المدقق في مسيرة الفقه ابتداء من ابن عابدين (١) وحتى نهايات القرن العشرين ، يلحظ مع ذلك بروز نظرة مستوعبة لقضية التأمين في النصف الثاني

----

(١) يبدو أن ابن عابدين (١٧٨٤ - ١٨٣٦م) كان أول من تناول قضية التأمين من فقهاء المسلمين ، وذلك في كتابه " رد المحتار شرح تنوير الأبصار " المعروف بحاشية بن عابدين . انظر في ذلك : زكي الدين شعبان ، التأمين من وجهة نظر الشريعة الاسلامية ، مجلة الحقوق والشريعة التي تصدرها جامعة الكويت ، السنة الثانية، العدد الثاني ، يوليو ١٩٧٨ ، ص ١١ ومابعدها .

من القرن العشرين ، تتمثل في العناية المتزايدة بتحليل منظومة التأمين للتعرف على عناصرها وتقييم أهدافها في صور التأمين المختلفة . وقد اصطحبت هذه النظرة بقياس التأمين على بعض النظم غير العقدية الي أقرتها الشريعة كنظام العاقلة . لكن هذه النظرة مازالت تعاني من عدم وضوح العلاقة الوظيفية بين منظومة التأمين وبين عقد التأمين . وهذا مايتضح من قياس أنصار الحل عقد التأمين على عقود تختلف عنه في هيكلها وفي وظيفتها ، كعقد الموالاة وعقد الحراسة مثلا .

إن العوامل التي ألقت بظلها على مواقف الفقه الاسلامي من قضية التأمين ، والجهود الصادقة المبذولة لبناء نظرة مستوعبة لقضية التأمين ، هي التي تحكم منهجنا في تحديد وعرض تأملاتنا . إننا سوف نركز تأملاتنا على العناصر الرئيسية الفاعلة في تصور القضية ، مغفلين ماعداها من روافد ثانوية مقحمة على هذا التصور ، باعتبار أن الحل الصحيح للقضية هو فرع عن صحة تصورها ودقته ، وأن هذه الروافد المقحمه هي في الحقيقة مجرد انعكاس لتصورات غير مستوعبة واستطراد لها . وإننا سوف نقدم هذه التأملات في فروع ثلاثة تتناول في إيجاز شديد تقييم جهود الفقه الاسلامي المعاصر في سعيه المضطرد إلى بناء نظرة موضوعية مستوعبة لقضية التأمين ، بدلا من عرض مواقف المحرمين والمجيزين للتأمين وما يقدمونه من حجج كل على حده .

الفرع الأول : تقييم التأمين في ضوء تقسيم العقود إلى معاوضة وتبرع .

الفرع الثاني : تقييم معاوضة التأمين في ضوء ارتباط البدلين فيها بمنظومة التأمين .

الفرع الثالث : تقييم عقد التأمين في ضوء ممارسات شركات التأمين .

الفرع الأول

تقييم عقد التأمين
في ضوء تقسيم العقود إلى معاوضة وتبرع

٣ - التأمين في النظر الفقهي السائد هو مفهوم عقدي بحت لا يرتبط بأي مفهوم آخر تنظيمي . هو عقد بين المستأمن والمؤمن إذا ما تعلق الأمر بتأمين تجاري . وهو عقد بين مجموع المستأمنين أنفسهم إذا ما تعلق الأمر بتأمين تعاوني . وليس هناك مجال للبحث عن كيان نظامي يوجد خلف هذا العقد أو ذاك . وتعبيرا عن هذا المعنى يؤكد الاستاذ الدكتور حسين حامد حسان (١) في صدد الحديث عن التأمين التجاري بأن ما تحدث عنه الشراح " من علاقة لا غرر فيها بين شركة التأمين والمؤمن لهم في مجموعهم ، أو بين هؤلاء المستأمنين أنفسهم لا وجود لها في الواقع ونفس الأمر ، فليس هناك اتفاق يتم بين شركة التأمين وجماعة المستأمنين ينشىء مثل هذه العلاقة ، ولو أن مثل هذه الجماعة وجدت ، وتم الاتفاق بينها وبين شركة التأمين لبحثنا عن حكم هذا الاتفاق وتلك العلاقة " ، ثم يستطرد قائلا " وبالمثل فإنه ليست هناك علاقة خالية من الغرر تربط بين المستأمنين الذين يتعاملون مع شركة التأمين ، فليس بينهم عقد ولا اتفاق على التعاون وبذل الاحسان ، على أن تقوم هذه الشركة بتنظيم هذا التعاون مقابل أجر تحصل عليه . فهذا كله محض فرض وتقدير لا وجود

----

(١) المرجع السابق ، ص ١٨ . وانظر في المعنى ذاته : الشيخ فيصل مولوي ، نظام التأمين وموقف الشريعة منه ، دار الرشاد ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨م ، ص ١٠١ ، الشيخ محمد أبو زهرة في بحث قدمه إلى مؤتمر الفقه الاسلامي بجامعة دمشق ١٣٨٠هـ - ١٩٦١م ،نشر في مجلة حضارة الاسلام ونقله عنها الشيخ فيصل مولوي في المرجع السابق ، ص ١٤٣ ومابعدها .

له في الواقع العملي ، ولاسند له في نصوص القوانين التي تنظم عمليات التأمين ".

وإذا كان التأمين على هذا النحو مجرد عقد فردي في حالة التأمين التجاري وجماعي في حالة التأمين التعاوني ، فقد كان من البديهي أن يبحث الفقه مشروعيته من خلال ضوابط الحل والحرمة الحاكمة لكل من عقود المعاوضة وعقود التبرع . فالتأمين التجاري يبدو من هذا المنظور كعقد من عقود المعاوضة ، والتأمين التعاوني يبدو كعقد من عقود التبرع .

(١) التأمين التجاري وأحكام المعاوضات

٤ - إذا كان الفقه السائد يرى في عقد التأمين التجاري عقداً من عقود المعاوضة ، فإنه يختلف مع ذلك في تصوره لأحد البدلين فيه . فالغالبية ترى فيه مبادلة لمبلغ القسط بمبلغ التأمين ، وتعرف لذلك التأمين التجاري بأنه " عقد بين طرفين يلتزم أحدهما بمقتضاه أن يدفع للثاني مبلغا من المال ترميما لضرر لحق به بسبب حادث معين في العقد ، وذلك في مقابل القسط الذي يدفعه الطرف الثاني " (١) . والأقلية ترى فيه مبادلة لمبلغ القسط ، لا بمبلغ التأمين ذاته ، وإنما بالأمان أو بالضمان الذي يحققه المؤمن للمستأمن .

التأمين التجاري مبادلة للقسط بمبلغ التأمين :

٥ - إن مؤدي النظر إلى التأمين التجاري باعتباره مبادلة لقسط التأمين بمبلغ

----

(١) الشيخ فيصل مولوي ، المرجع السابق ، ص ١٣ ، وأنظر في المعني ذاته : الشيخ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق .

التأمين هو أن يكون التأمين التجاري بيعا للنقد بالنقد ، فيكون مشتملا على ربا الفضل والنساء ، " فإن الشركة (أي شركة التأمين) إذا دفعت للمستأمن أو لورثته أو للمستفيد أكثر مما دفعه من النقود لها فهو ربا الفضل ، والمؤمن يدفع ذلك للمستأمن بعد مدة فيكون ربا نساء . وإذا دفعت الشركة للمستأمن مثل مادفعه لها يكون ربا نساء فقط وكلاهما محرم بالنص والاجماع " (١).

ثم إن التأمين التجاري في هذا النظر ينطوي على الغرر بأنواعه الثلاثة :الغرر في حصول العوض والغرر في قدره ، والغرر في أجله ،مما يضيف سببا جديدا لحرمته.

أما الغرر في حصول العوض فلأن المستأمن لا يدري عند التعاقد إن كان سيحصل على مبلغ التأمين أم لا ، وهو العوض الذي بذلت أقساط التأمين في مقابله.

وأما الغرر في قدر العوض فلأن المستأمن في التأمين من الأضرار ، لا يدري وقت التعاقد مقدار ما يحصل عليه من عوض إذا قدر حصوله عليه بوقوع الحادث المؤمن منه . وكذا شركة التأمين لا تدري وقت التعاقد مقدار ما تحصل عليه من أقساط قبل وقوع الخطر المؤمن منه . وهذه الأقساط هي العوض الذي تعهدت بدفع مبلغ التأمين في مقابلته ، فكانت بذلك غير عارفة بمقدار هذا العوض وقت التعاقد .

----

(١) العبارة مستقاه من القرار الخامس لمجلس المجمع الفقهي الاسلامي المنعقد بمكة المكرمة من ٢٥ ربيع الآخر إلى ٤ جمادي الأولى ١٣٩٩ هـ الخاص بالتأمين بشتى صوره وأشكاله ، نقله الشيخ فيصل مولوي في المرجع السابق ، ص ١٥٧ ومابعدها . ويبدوا أن العبارة ذاتها مستقاه من بحث قدمه الأستاذ الدكتور حسين حامد حسان ، على مايتضح مما عرضه في مؤلفه سالف الذكر ، ص ٨٩ . وانظر في ذات المعنى: الشيخ فيصل مولوي ، المرجع السابق ، ص ٦١ و ص ١٢٤ .

وأما الغرر في الأجل فواضح في التأمين على الحياة لحالة الموت ، فإن المؤمن على حياته لا يدري عند التعاقد الوقت الذي يحصل ورثته فيه على مبلغ التأمين ، وهو العوض الذي يذل الأقساط في مقابلته "(١).

٦ - وإذ كان الأمر كذلك وكان النظر إلى التأمين التجاري كمبادلة بين مبلغين من النقود مع التفاضل بالكم وتأخير تسليم أحد البدلين ، فقد حاول البعض رغم ذلك اخراجه من نطاق الربا والغرر المحرمين . وتعتمد هذه المحاولة على تضييق مفهوم الربا والغرر المحرمين من خلال البحث عن علة تحريمهما ، وربط التحريم بهذه العلة لا يتعداها(٢) . وعلة التحريم في هذا النظر هي الضرر المترتب على التفاوت في الكم فيما يعتبر من ضرورات الحياة أو عن الأجل في التسليم ، بالنسبة للربا ، وهي الضرر المترتب على الجهل بحاضر أحد البدلين أو كليهما أو بمستقبله فيما يتعلق بالغرر . ومن ثم فإذا كان في المعاملة مصلحة بادية للمتعاقد المتضرر من الربا أو من الغرر ، تعين إجراء الموازنة بين هذه المصلحة وبين الضرر ، وإجازة المعاملة كلما رجحت المصلحة على الضرر . دليل ذلك أن الرسول صلوات الله وسلامه عليه أجاز مبادلة دين اليهودي على والد جابر بثمر النخل الذي تركه رغم التأخر في تسليمه لأنه لم يزل رطبا على النخل ورغم جهل مقدراه ، لضرورة قضاء الدين ، كما أجاز مبادلةالعرايا بالثمر الجاف ، رغم جهل مقدراه أيضا ، اكتفاء بخرصه ، وذلك

----

(١) حسين حامد حسان ، المرجع السابق ، ص ٥٦ . وأنظر في المعني ذاته : الشيخ فيصل مولوي المرجع السابق ، ص ٦٢ - ٦٤ وص ١٢٥ ، زكي الدين شعبان ، المرجع السابق ، ص ١٧ ومابعدها .

(٢) في هذه المحاولة انظر : محمد البهي ، في نظام التأمين في هدي أحكام الاسلام وضرورات المجتمع المعاصر ، مكتبة الشركة الجزائرية بالجزائر ، ص ١١ - ٢٣ .

لمصلحة اختلف الفقهاء في تحديدها . وإذ كان الأمر كذلك ، فإن التأمين التجاري يكون مباحا رغم مايتضمنه من ربا وغرر ، باعتبار ما فيه من مصلحة قد ترقى إلى مصاف الضرورة في المجتمع المعاصر ، وباعتبار أن هذه المصلحة ترجح الضرر المترتب على عدم تماثل البدلين فيه أو على تأجيل تسليم أحدهما ، أو على ما في أي منهما من غرر .

لكن هذه المحاولة لم تلق قبولا من الفقه في جملته . ذلك أن الربا محرم بنصوص القرآن ، و" أن القرآن الكريم لم يبين علة هذا التحريم ، ولذلك فليس من حق أحد من الفقهاء أن يقول : إن الضرر اللاحق بأحد الطرفين هو علة التحريم فإذا انتفى الضرر انتفى التحريم " (١) . ثم إن الغرر في عقد التأمين التجاري غرر فاحش بكل المعايير (٢) ، وإن " عقد التأمين التجاري يضر المجتمع كله ويضر العدد الأكبر من المستأمنين . . ." . وإذا كان في التأمين ذاته مصلحة للناس ، فإن التأمين التجاري لم يتعين طريقا وحيداً لتحقيقها . أما الأحاديث المروية عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، فهي تضع مجرد استثناءات على الأصول المحرمة للربا والغرر ، فيتعين حصرها في الحالات التي وردت بشأنها ، ولا يجوز جعلها أصلا يقاس عليه (٣).

----

(١) الشيخ فيصل مولوي ، المرجع السابق ، ص ٦١ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٦٣ .

وفي التعريف بالغرر الذي يغتفر في المعاوضات : انظر حسين حامد حسان ، المرجع السابق ، ص ٧٥ ومابعدها .

(٣) الشيخ فيصل مولوي ، المرجع السابق ، ص ٦١ ومابعدها .

التأمين التجاري مبادلة للقسط بالأمان أو بالضمان :

٧ - إذا كان النظر إلى معاوضة التأمين التجاري باعتبارها مبادلة لقسط التأمين بمبلغ التأمين يؤدي بالضرورة إلى اعتبارها معاوضة ربوية يخالطها الغرر الفاحش ، فثمة اتجاه آخر في الفقه ينازع في صحة هذا النظر من أساسه . فالمتأمل في هذه المعاوضة يكتشف أن التبادل فيها لا يقوم بين القسط الذي يدفعه المستأمن وبين مبلغ التأمين الذي يدفعه المؤمن ، وإنما بين القسط المذكور وبين الآمان الذي يحققه المؤمن أو بينه و بين الضمان الذي يتحمل به نحوه .

فقد ذهب البعض إلى أن المعاوضة في عقد التأمين ليست بين القسط الذي يدفعه المستأمن ومبلغ التأمين الذي تتعهد بدفعه شركة التأمين عند وقوع الخطر ، وإنما " المعاوضة في التأمين بأقساط هي بين القسط الذي يدفعه المستأمن وبين الأمان الذي يحصل عليه ، وهذا الأمان حاصل للمستأمن بمجرد العقد دون توقف على وقوع الخطر المؤمن منه بعد ذلك لأنه بهذا الأمان الذي حصل عليه واطمأن إليه ، لم يبق بالنسبة له فرق بين وقوع الخطر وعدمه فإنه إن لم يقع الخطر ظلت أمواله ومصالحه وحقوقه سليمة ، وإن وقع الخطر عليها أحياها التعويض ، فوقوع الخطر وعدمه بالنسبة إليه سيان بعد عقد التأمين ، وهذا ثمرة الأمان والاطمئنان الذي منحه إياها المؤمن نتيجة العقد ، في مقابل القسط ، وهنا المعاوضة الحقيقية " (١) .

غيرأن الأمان بهذا المفهوم النفسي ليس إلا الباعث الدافع للمستأمن على قبول التأمين وهو لذلك يظل أمراً خارجا عن حقيقة العقد ولا يدخل في هيكل معاوضة

----

(١) مصطفى الزرقا ، عقد التأمين وموقف الشريعة الاسلامية منه ، أشار إليه الدكتور حسين حامد حسان في المرجع السابق ، ص ٢٣ .

التأمين كأحد مكوناتها . هذا فضلا عن كونه حقيقة معنوية بحته لا تخضع للتقويم النقدي ولا تكتسب الصفة المالية ، فلا يجوز لهذا السبب أن تكون محلا للمبادلة بقسط التأمين .

٨ - ولعل ذلك هو مادعى البعض الآخر إلى القول بأن المعاوضة في عقد التأمين ليست بين القسط وبين الأمان بهذا المعنى النفسي المعنوي ، وإنما بين القسط وبين الضمان الذي يتحمل به المؤمن قبل المستأمن ، إذ الضمان في الفقه الاسلامي مفهوم مالي مختلف عن مفهوم الأمان (١) . والضمان في التأمين - رغم صفته المالية - يظل مع ذلك متميزا عن مبلغ التأمين . وتوجيه ذلك أن المؤمن لا يلتزم في الحقيقة بدفع مبلغ نقدي في حالة وقوع الخطر المؤمن منه ، وإنما يلتزم بترميم آثار هذا الخطر عن طريق اصلاح الضرر الناجم عنه أو التعويض المالي عنه . و حقوق المستأمن تدور وجوداً وعدماً مع تحقق هذا الضرر وتتحدد بقيمته .

ومن ثم فالبدلان في معاوضة التأمين يكونان في الحقيقة من جنسين مختلفين ،

---

(١) في هذا المعنى علي الخفيف ، في بحث في التأمين في المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الاسلامية بالأزهر ، ص ١٨ ، أشار إليه الدكتور غريب الجمال في مؤلفه " التأمين التجاري والبديل الإسلامي" ، دار الاعتصام ، ٩١٧٧ ، ص ١٤٣ ومابعدها .

وقد انحاز بعض الفقهاء الآخرين إلى فكرة الضمان في صورة التأمين من المسئولين عن حوادث السيارات بصفة خاصة (انظر رأي الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود في إباحة التأمين على حوادث السيارات ، مشار إليه في مؤلف الشيخ فيصل مولوي سالف الذكر ، ص ٧٩ وما بعدها). لكنا سوف نرى أن الفكرة من الاتساع بحيث تصدق على معظم صور التأمين . ولذلك عنينا بعرضها عرضا مجرداً قبل مناقشة الصور التي تنطبق عليها .

باعتبار أن أحدهما - وهو القسط - يكون مبلغا من النقود ، وأن الآخر - وهو الضمان - يكون هو اصلاح الضرر أو التعويض عن قيمته ، فتنتفي شبهة الربا التي تقوم على اتحاد الجنس ·

وللسبب ذاته ، فإن الغرر في معاوضة التأمين يتراجع إلى القدر المسموح به في المعاوضات ، وهو الغرر اليسير أو غير الفاحش · فالضمان بطبيعته أمر احتمالي في حصوله ، والغرر لا يأتيه إلا من جهة محله وأسبابه · ولذلك فإذا ما تحدد محله وتحددت أسبابه ، انتفى عنه الغرر المنهي عنه ، حتى وإن ظل قيام سبب من هذه الأسباب خاضعا للصدفة خضوعا تاما · وهذا ما ينطبق على الضمان الذي يقدمه المؤمن للمستأمن في عقد التأمين ، حيث يحدد محل الضمان - بمعنى القيمة المعرضة للخطر - كما تتحدد أسباب الضمان ، بتحديد جنس الخطر المؤمن منه ونوعه تحديداً دقيقا في عقد التأمين · أما الترجمة النقدية لهذا الضمان ، في حالة تحققه بالفعل ، فتتحدد بقيمة الضرر الناجم عن وقوع الخطر ، وبحد أقصى يمثله مبلغ التأمين المتفق عليه في العقد ·

٩ - ولعل هذا التصوير لمعاوضة التأمين هو الذي يكمن وراء ما يذهب إليه البعض من قياس التأمين التجاري على عقد الموالاه ، توصلا إلى إقرار شرعيته (١) · ففي عقد الموالاه ، الذي يتم بين عربي وغير عربي مجهول النسب ، والذي أجازه الأحناف ، يصبح العربي وارثا لغير العربي المجهول النسب إذا مات من غير وارث ، في مقابل أن يتحمل العربي الدية عنه إذا وقعت منه جناية وترتبت ديتها في ذمته ·

----

(١) مصطفى الزرقا ، المرجع السابق ·

فهذا العقد يحقق على هذا النحو معاوضة بين حق محتمل في الارث وبين التزام بتحمل بالدية . وليس من شك في أن شبهة الربا والغرر في التأمين الذي تمارسه شركات التأمين أقل ظهوراً منها في هذه المعاوضة . وهذا ما ينهض مبرراً كافيا لإباحة التأمين التجاري ، باعتبار أن ماقد يكون فيه من ربا أو غرر لا يرقى به إلى مصاف التحريم.

١٠ - لكن التساؤل يظل مع ذلك كله مطروحا :هل الضمان المقول به بدلا للقسط في التأمين يستجيب إلى مفهوم الضمان في الفقه الاسلامي ؟. " إن المقرر شرعا أن ضمان الأموال إما أن يكون بطريق الكفالة أو بطريق التعدي أو الاتلاف . أما الضمان بطريق الكفالة فليس متحققا هنا قطعا لأن شرطه أن يكون المكفول دينا صحيحا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء أو عينا مضمونه بنفسها بأن يجب على المكفول عنه تسليمها بعينها للمكفول له .. " (١) .

غير أن عدم انطباق صورة عقد الكفالة بالذات على الضمان الذي تقدمه شركات التأمين للمستأمنين ، لعدم وجود دين مضمون سابق على قيام الضمان ، بحيث يرد عليه الضمان ، وكون الضمان ذاته هو الذي ينشىء الدين في ذمة الشركة ، لا يعني بالضرورة بطلان هذا الضمان ، إذ ما دام أن الأصل في العقود الإباحة فإنه يكون من المتصور بروز نوع جديد من الضمان ينشأ بالعقد ولا يدخل في مفهوم الكفالة . أما العقبة الحقيقية في سبيل الاعتراف بشرعية هذا الضمان ، فهي أنه ضمان بمقابل مالي ، أي ضمان على سبيل المعاوضة ، وهو مايخالف ما استقر عليه

---

(١) من فتوى للشيخ محمد بخيت المطبعي مفتي الديار المصرية وعضو المحكمة العليا الشرعية بمصر ، نقله الدكتور غريب الجمال في مؤلفه " التأمين التجاري والبديل الاسلامي " ، دار الاعتصام ، ١٩٧٧ ، ص ١٤٠ ومابعدها .

الفقه الاسلامي من أن الضمان لا يكون إلا مـن أعمال التبرع ، فلا يجوز أن يكون على سبيل المعاوضة . فهل من سبيل إلى تذليل هذه العقبة الأخيرة ؟ هذا ماسوف نتناوله بالدراسة في موضع آخر فنحيل إليه (١) .

١١ - ثم إن التحليل القائم على المقابلة بين القسط وبين الضمان لا ينطبق على أية حال على كافة صور التأمين . فهذا التحليل يصدق بالفعل على التأمين من المسئولية ، كما هو الحال في التأمين من المسئولية عن حوادث السيارات مثلا . فحقوق المستأمن في هذا النوع من التأمين تكون مرهونة في حصولها وفي مداها بانعقاد مسئولية المستأمن قبل الغير وبمقدار الالتزام الناشىء عن هذه المسئولية . ولذلك فإن التبادل في هذا النوع من التأمين إنما يقوم بين قسط التأمين وبين ضمان المسئولية ، لا بينه وبين مبلغ التأمين المتفق عليه ، والذي لا يمثل عند وجوده - أكثر من حد أقصى متفق عليه للضمان .

وهو يصدق أيضا على التأمين على الأشياء . فحقوق المستأمن في هذا النوع من التأمين تكون مرهونة في حصولها وفي مداها بهلاك الشيء المؤمن عليه أو تلفه أو تعيبه من جراء وقوع الخطر المؤمن منه ، وبحجم الضرر المترتب على الهلاك أو التلف أو التعيب . ولذلك فإن التبادل في هذا النوع من التأمين إنما يكون بين قسط التأمين وبين ضمان الاضرار المحتمل حصولها للشيء المؤمن عليه من جراء وقوع الخطر المؤمن منه ، لا بينه وبين مبلغ التأمين المتفق عليه ، والذي لا يمثل - في حالة وجود اتفاق عليه - أكثر من حد أقصى لقيمة الضمان .

----

(١) انظر مايلي ، بند ٢٠ وما بعده .

لكن هذا التحليل ذاته لا يصدق على تأمين الأشخاص وبخاصة في صورته المعروفة بالتأمين على الحياة . ذلك أنه في التأمين على الحياة يستحق المستأمن - أو المستفيد من التأمين عموما - مبلغ التأمين المتفق عليه ، من غير بحث فيما إذا كان هناك ضرر قد أصاب المؤمن على حياته من جراء تحقق الخطر المؤمن عليه ، أو في حجم هذا الضرر إن تحقق بالفعل . فبينما يكون مبلغ التأمين في حالات التأمين الأخرى السابق ايرادها - عند وجود اتفاق عليه - مجرد حد أقصى لما يمكن أن يحصل عليه المستفيد من التأمين ، والذي يتحدد أصلا بالضرر الناجم عن وقوع الخطر المؤمن منه ، فإنه يكون في التأمين على الحياة هو عين مايحصل عليه المستفيد من التأمين دون زيادة أو نقصان . ولذلك فالتأمين على الحياة لا يتصور بغير اتفاق على هذا المبلغ ، خلافا لغيره من حالات التأمين . ولذلك أيضا فإن معاوضة التأمين على الحياة لا تكون - في التحليل العقدي للتأمين - إلا مبادلة بين القسط ومبلغ التأمين ، فلا يتأتى إخراجها من حظيرة المعاوضات المشوبة بالربا والغرر المحرمين شرعا . ولا يسوغ قياس معاوضة التأمين على الحياة على عقد الموالاة في هذا الصدد توصلا إلى اباحتها ، لأن معاوضة الموالاة كما قدمنا وخلافا لمعاوضة التأمين على الحياة إن كانت تقوم على مبادلة حقين كل منهما احتمالي ، إلا أنهما حقان مختلفان في الجنس أو في النوع ، أحدهما هو حق الإرث والآخر هو الالتزام بالدية .

(ب) التأمين التعاوني وأحكام التبرعات

١٤ - بمثل ما يذهب الفقه السائد إلى تحريم التأمين التجاري فإنه يذهب إلى اباحة التأمين التعاوني ويدعو إلى تعميمه سبيلا لتلبية حاجة المسلمين إلى التأمين . وهو

في سبيل ذلك يرى في التصرف الذي ينضم به المستأمن إلى هذا النوع من التأمين لونا من ألوان التصرفات التبرعية ، وفي الاشتراك الذي يساهم به فيه صورة من صور التبرع لتغطية المخاطر التي يتعرض لها أي من المشتركين الآخرين ، إذ في التبرعات يعطي أحد الطرفين ويأخذ الآخر دون مقابل ، فلا يكون هناك مجالاً للربا ، وفيها أيضا لا يؤثر الغرر في الحصول أو في الكم أو في الأجل ، لأن المتبرع لا يحصل على مقابل من الأصل ، فلا يكون هناك ضرر على المتبرع له من الغرر في حصول المتبرع به أو في مقداره أو في أجل تسليمه (١).

ولاشك أن منشأ هذا التصور هو أن التأمين التعاوني لا يوجد فيه مؤمن مستقل عن مجموع المستأمنين يسعى إلى تحقيق الربح من وراء القيام بتنظيم عملية التأمين ، على نحو يظهر معها الانضمام إلى عملية من عمليات التأمين التعاوني كمجرد التزام منفرد من المنضم بالمساهمة في تغطية الأخطار التي تلحق بأحد من المنضمين إليها . ومن ثم فهذا الانضمام يمكن تخريجه على فكرة الزام الواعد بوعده إذا كان على سبب ودخل الموعود له في السبب ، المعروفة في الفقه المالكي . ولذلك لم يتردد مجمع الفقه الاسلامي المنعقد في مكة المكرمة عام ١٣٩٩ في إباحة التأمين التعاوني(٢).

لكن الواقــع هــو أن هــذا التحليل يتضمن تبسيطا لحقيقة التأمين التعاونــي ، وغضا للطرف عن بعض أبعاد هذه الحقيقة . فالمشترك في التأمين التعاونــي تنتفي

---

(١) انظر في عرض هذا النظرية حسين حامد حسان ، المرجع السابق ، الشيخ فيصل مولوي ، المرجع السابق ، زكي الدين شعبان ، المرجع السابق ، محمد أبو زهرة ، المرجع السابق .

(٢) انظر القرار رقم ٥ لمجلس المجمع الفقهي الاسلامي المنشور في مؤلف الشيخ فيصل مولوي سالف الذكر، ص ١٥٧ ومابعدها .

لديه نية التبرع التي هي مناط التصرفات التبرعية ، وتتوافر لديه على العكس من ذلك نية المعاوضة ، باعتبار ما يتوقعه من حصوله على تغطية الخطر المؤمن منه فيما لو اختاره القدر ليلحق به هذا الخطر فيما أمن عليه . وإذا ما ارتفعنا من النوايا إلى المعطيات المادية الملموسة في عملية التأمين التعاوني ، وجدنا الاشتراك الذي يدفعه المستأمن أو على الأقل يلتزم بدفعه عند إصابة الخطر المؤمن منه أحدا من المشتركين، في ناحية ، ووجدنا بالمقابلة لذلك حقا للمستأمن في الحصول على القيمة اللازمة لتغطية الخطر المؤمن منه فيما لو أصاب هذا الخطر شخصه أو قيمة مالية له (١).
وكأن بالتأمين التعاوني إذن معاوضة لا تختلف في جوهرها عن معاوضة التأمين التجاري . وهو لهذا السبب لا يكون مباحا من منطق التحليل العقدي الذي يجري عليه الفقه السائد ، إلا في الحدود التي يمكن أن يباح فيها التأمين التجاري .

١٣ - ويبدو أن المجوزين للتأمين التعاوني يدركون هذه الحقيقة ، آية ذلك حرصهم على تعميق المفارقة بين التأمين التعاوني والتأمين التجاري ، من خلال التأكيدعلى أنه في التأمين التعاوني تظل مبالغ الاشتراكات مملوكة للمشتركين أنفسهم ، ولا تنتقل منهم إلى شخص آخر غيرهم كما هو الحال في التأمين التجاري حيث تنتقل ملكية الأقساط إلى المؤمن . لكن بقاء الاشتراكات مملوكة للمشتركين ، لا يكفي في الواقع لنفي صفة المعاوضة عن التأمين التعاوني . ذلك أن المشتركين وإن كانوا يحتفظون بملكية الاشتراكات ، إلا أن كلا منهم يلتزم قبل الآخرين بدفع حصته في القيمة اللازمة لتغطية ما يتحقق من أخطار للمشتركين ، فيكون التزامه مقابلا لحقه في

----

(١) مصطفى الزرقا في بحثه المقدم إلى المجمع الفقهي الاسلامي بمكة المكرمة ، ٢٥ ربيع الآخر إلى ٤ جمادي الأولى ١٣٩٥ هـ ، نقله الشيخ فيصل مولوي في المرجع السابق ، ص ١٦٦ ومابعدها.

التغطية عند تحقق الخطر المؤمن منه في جانبه ، أو بعبارة أخرى يكون الالتزام بالاشتراك التزاما متبادلا بين جميع المستأمنين على نحو يحقق معنى المعاوضة في التأمين التعاوني (١) .

وقد يبدوا أن فكرة الوعد الملزم من جانب واحد ، التي أقرها فقهاء المالكية ، تصلح أساسا لإضفاء صفة التبرع على التأمين التبادلي ، على نحو ماسبق أن أشرنا إليه . لكن الواقع أن وعد المشترك في هذه الحالة إنما يكون على سبب هو الوعد الصادر عن كل من المشتركين الآخرين . وهذا ما يحفظ لمعاملة التأمين التعاوني صفتها التبادلية أو التعاوضية . والقول بغير ذلك معناه تجزئة عملية التأمين التعاوني تجزئة مصطنعة ، وصولا إلى نتيجة بعينها تأباها حقيقتها .

وقد بدا للبعض أن يلجأ إلى قياس التأمين التعاوني في هذا الصدد على حالة من " يتبرع لجماعة وصفت بصفة معينة ، فإنه يدخل في الاستحقاق مع هذه الجماعة إذا توافرت فيه هذه الصفة ، كمن يتبرع لطلاب العلم ، فإنه يستحق نصيبا في هذا التبرع إذا طلب العلم ، ومن تصدق أو وقف على فقراء مكة دخل فيهم واستحق معهم إذا صار فقيرا "(٢) . لكن هذا القياس ينفيه أن المشتركين في مشروع للتأمين التعاوني ، يخصصون أموال المشروع لتعويض الأضرار اللاحقة بهم ولا يقبلون أن

----

(١) من الصعوبة بمكان القول بأن الاشتراكات تظل على ملكية المشتركين في التأمين التعاوني الذي تمارسه شركات التأمين التعاونية . والأقرب إلى الواقع أن تكون مملوكة للشركة أو الجمعية أو المؤسسة القائمة على التأمين التعاوني ذاتها كشخص معنوي .

قرب : عبد السميع المصري ، التأمين الاسلامي بين النظرية والتطبيق ، مكتبة وهبة بالقاهرة ،

(٢) حسين حامد حسان ، المرجع السابق ، ص ٤٧ .

يعوض منه غيرهم ممن لم يشترك في مشروعهم (١) . وفي ذلك يكمن في الحقيقة الحد الفاصل بين فكرة المعاوضة وفكرة التبرع . فالمعاوض يعمل من البداية لحساب نفسه لا لحساب الغير . أما المتبرع فهو يعمل لحساب الغير ابتداء وإن جاز له أن يفيد من عمله انتهاء بصفة عرضية .

وإذا كان التأمين التعاوني من جانب كل من المستأمنين هو على النحو المتقدم نوعاً من المعاوضة ، فإنه يحق لنا أن نتساءل عن فيصل التفرقة بين معاوضة التأمين التعاوني ومعاوضة التأمين التجاري ، والذي ربما كان يمثل الدافع الحقيقي لإقرار الفقه شرعية التأمين التعاوني وإنكار هذه الشرعية على التأمين التجاري .

الفرع الثاني

تقييم معاوضة التأمين
في ضوء ارتباطها الوظيفي بمنظومة التأمين

١٤ - إذا كان التأمين التجاري والتأمين التعاوني لا يختلفان من منظور التحليل الفردي لعقد التأمين ، فهل يختلفان من منظور التحليل الكلي لعملية التأمين؟ .

الواقع أن كلا من التأمين التعاوني والتأمين التجاري يبدو من منظور التحليل الكلي لعملية التأمين كمنظومة جماعية لتوزيع المخاطر . لكن منظومة التأمين

---

(١) مصطفى الزرقا ، المرجع السابق .

التجاري تتميز رغم ذلك بوجود طرف آخر أجنبي عن أفراد المنظومة يتولى تكوينها وإدارتها في مقابل عائد يجنيه من وراء هذه المهمة . فهل يكفي هذا الفارق في ذاته لإضفاء صفة الحرمة على التأمين التجاري خلافا للتأمين التعاوني ؟

منظومة التأمين التعاونـي:

١٥ - إن إقرار الفقه لمشروعية التصرف أو العقد الذي يربط المستأمن بمجموع المشتركين في مشروع للتأمين التعاوني ، دون التوقف عند وجه الربا أو الغرر فيه ، ورغم كونه على التحقيق عملا من أعمال المعاوضة ، لا وجه للتبرع فيه ، ليس له إلا تفسير واحد ، هو أن هذا التصرف الفردي يندرج في مفهوم أشمل ، يوجهه هدف أسمى من هدف التعاوض ، وتحكمه ضوابط أخرى غير معلومية ما يأخذه المشترك وما يعطيه والتماثل بينهما في الكم . وهو باندراجه في هذا المفهوم الأشمل يفقد صفاته الذاتية المستمدة من فرديته ليكتسب بالضرورة صفات هذا المفهوم الكلي باعتباره قد أضحي مجرد مكون من مكوناته .

إن التأمين التعاوني بمعناه الكلي هو " منظومة " تضم عدداً من الأشخاص المعرضين لظرف أو خطر معين واحد ، منظومة تهدف إلى تغطية الآثار المالية لهذا الظرف أو الخطر إذا ما أصاب أحد أفراد المنظومة ، وتتوسل إلى تحقيق هذا الهدف بتوزيع عبء التغطية على مجموع أفراد المنظومة توزيعا يفترض بالضرورة إنشاء التزام على عاتق كل منهم بتحمل نصيبه في عبء التغطية ، يقابله حق له في التغطية إذا ما رجد في الظرف أو أصابه الخطر المستهدف تغطيته . ومن ثم فإن التزام المشترك وحقه المقابل لا تحكمهما فكرتا التماثل والمعلومية عند الانضمام إلى المنظومة وإنما تحكمهما اعتبارات أخرى تختلف في الالتزام عنها في الحق . فالالتزام

سوف يدور بالضرورة ، من حيث حصوله ومن حيث مقداره ومن حيث أجله ، مع ما يتحقق لأفراد المنظومة من أخطار ومع حجم الضرر الناجم عن هذه الأخطار وتاريخ وقوعه . أما الحق ، فسوف يدور بالضرورة هو الآخر ، لا مع ما يتحقق لأفراد المنظومة من الأخطار - أو بعبارة أخرى مع الالتزام - وإنما مع ما يتحقق منها لصاحب الحق بالذات وعلى وجه التعيين ، سواء من حيث حصول الحق أو من حيث مقداره أو من حيث أجله . وعلى هذا النحو فسوف لا يكون هناك محل لتطلب التماثل بين التزام المشترك وحقه أو لتطلب العلم المسبق بكل منهما حصولا ومقداراً وأجلا ، وسوف لا يكون هناك من ثم مجال لتقييم شرعية منظومة التأمين من خلال فكرة الربا وفكرة الغرر اللتين تفترضان بالضرورة معاوضة يقوم فيها التوازن بين مايعطيه كل معاوض وما يأخذه .

وليس معني ذلك بالطبع أن التأمين التعاوني لا يخضع لقيد المشروعية ، على نحو يكون معه مشروعا دائما وأبداً ، إنما معناه أن رقابة المشروعية في شأنه تكون من خلال تقييم الهدف الذي يسعى إليه ، إذ يتعين أن يكون هذا الهدف موافقا لقيم المجتمع ، وإلا كان التأمين باطلا على نحو ما سوف نراه .

١٦ - وقد ظهرت في الفقه مؤشرات عديدة على التسليم بعدم جدوى البحث في شرعية التأمين من خلال تحليل التصرف الفردي الذي ينضم به المشترك إلى نظام التأمين ، باعتبار هذا التحليل يقصر عن استيعاب الحقيقة الكلية لهذا النظام .

من ذلك مثلا استشهاد بعض الفقهاء بنظام العاقلة للتدليل على مشروعية التأمين التعاوني (١). وخلاصة هذا النظام كما نعلم أنه إذا ماجنى أحد جناية قتل غير عمد ، فوجبت عليه الدية ، فإن الشريعة تلقي بعبء الدية على عاتق عاقلة القاتل الذين يكون بينه وبينهم التناصر عادة ، وهم الرجال البالغون من عشيرته ، تقسط عليهم في ثلاث سنين بحيث لا يتحمل أحد منهم فوق طاقته . ومن الواضح أن هذا النظام يقوم على ذات الأسس التي تقوم عليها منظومة التأمين التعاوني ، وهي التزام أفراد العاقلة بالمساهمة في الدية عمن يلحق به خطرها من بينهم . لكن المهم في ذلك أن نظام العاقلة هو نظام قانوني قررته النصوص الشرعية ، وليس وضعا تعاقديا يقيمه الأفراد بمحض اختيارهم الحر ، وبمقتضى تصرف قولي يصدر من كل منهم . ومع ذلك فلم ير الفقهاء بأسا في قياس التأمين عليه ، رغم أن هذا الأخير لا يقوم إلا بمبادرات من الأفراد أنفسهم وينضم المشترك إليه بتصرف إرادي منه على نحو ما رأيناه. وهذا ما يؤكد أن محل الاعتبار لديهم في هذا القياس ليس هو التصرف الذي ينضم به المشترك إلى منظومة التأمين والتثبت من وجه التبرع فيه ، وإنما هو المنظومة التأمينية ذاتها ، أيا كان سبيل إقامتها ، وسواء كان هو الشرع أو كانت هي مبادرات الأفراد ، وما تهدف إليه هذه المنظومة من تحقيق غرض يتفق مع القيم المسلمة في المجتمع .

وفي تقديرنا أنه ليس هناك ما يمنع من قياس التأمين التعاوني على نظام العاقلة ، على النحو السابق . ذلك أنه إذا كان التأمين التعاوني هو نوع من التنظيم الخاص القائم على مبادرات الأفراد والجماعات ، وليس نظاما مفروضا من الشارع كما

----

(١) الشيخ فيصل مولوي ، المرجع السابق ، ص ٢٤ ، ومابعدها .

هو الحال في نظام العاقلة ، فليس هناك مايحول دون قيام الأفراد أنفسهم بهذه المبادرة ، مادام الهدف منها هو ذات الهدف المشروع الذي يقوم عليه نظام العاقلة ، إعمالا لقوله تعالى " وتعاونوا على البر والتقوى " .

ومن ذلك إعتراف بعض من أكدوا شرعية التأمين التعاوني على أساس أنه تبرع لا أثر فيه للمعاوضة ، بعدم جدوى المفارقة بين التبرعات والمعاوضات في صدد التأمين .فالشيخ فيصل مولوي بعد أن أقام تقييمه لنظام التأمين على هذه المفارقة عاد في النهاية وبصدد تعلقيه على وجهة نظر الدكتور مصطفى الزروقا في التأمين التعاوني ليقرر أن " محاولة معرفة الحكم الشرعي له (اي للتأمين التعاوني) عن طريق اعتباره معاوضة واخضاعه لشروطها أو اعتباره تبرعا واخضاعه بالتالي لشروط التبرع ، هذه المحاولة تعتبر تعسفا لأن الأساس في التأمين التعاوني أنه نظام اجتماعي يتناول الأمة كلها أو جماعة من جماعاتها ، وأن ما فيه من تبرع أو معاوضة يأخذ حكمه من هذا النظام الإجتماعي "(١) .

خلاصة القول إذن أن الفقه المبيح للتأمين التعاوني ، إن كان يعتمد في هذه الاباحة على فك الارتباط بين اشتراك التأمين وحقوق المستأمن في هذا النوع من التأمين ، فإنه لا يصل إلى هذه النتيجة من خلال فكرة التبرع التي هي بعيدة كل البعد عن هذا النوع من التأمين ، وإنما من خلال أمرين على جانب كبير من الأهمية . الأول هو الاعتراف بمنظومة التأمين ككيان كلي يحتوي العقود الفردية التي ينضم بها سائر المشتركين إلى المشروع التأميني . والثاني هو الاعتراف بالارتباط الوظيفي بين

----

(١) المرجع السابق ، ص ١٧٦ .

اشتراك التأمين وبين العبء الكلي اللازم لتغطية الأخطار المؤمن منها في المنظومة ، ثم بين حقوق كل مستأمن على حدة وبين ما يتحقق له من أخطار . أما ما يبدو في الظاهر من أن هذا الفقه يتشبث بالصفة التبرعية لارتباط المستأمن بعملية التأمين ، فهو مجرد أثر عرضي متخلف عن الخشية من اقتحام باب الاجتهاد بمعناه الأصيل ، والركون إلى القوالب المستقره ، التي محصتها التجربة على مر العصور .

ويبقى بعد ذلك التساؤل عن مدى امكان تطبيق هذا التحليل ذاته على التأمين التجاري .

منظومة التأمين التجاري:

١٨ - بينما التأمين التعاوني يتمثل في منظومة من العلاقات المتبادلة بين مجموع المستأمنين ، فإن التأمين التجاري يستعلن في صورة علاقات منفصلة بين المؤمن ومن كل من المستأمنين على حده ، يتحقق التبادل داخل كل منها بين مايقدمه كل من الطرفين . لكن التساؤل يثور عما إذا كانت هذه العلاقات - المنفصلة - يمكن أن تقوم بمعزل عن علاقات أخرى متبادلة بين مجموع المستأمنين ، وما إذا كان الكشف عن هذه العلاقات الأخيرة يعني أن التأمين التجاري يستند هو الآخر على منظومة تماثل منظومة التأمين التعاوني ، ولا تختلف عنها إلا في كونها خفية لا تظهر للناظر .

من الواضح أن إنكار وجود هذه العلاقات المتبادلة بين المستأمنين في التأمين التجاري هو أحد الأسباب الرئيسية فيما يلقاه التأمين التجاري من معارضة في الفقه الاسلامي . وقد عبر أحد الفقهاء عن هذا الانكار وعن أثره في معارضة هذا النوع

من التأمين بقوله (١) " إن التعاون على ترميم أضرار المخاطر الطارئة قد يكون غاية التأمين التعاوني ، أما التأمين التجاري السائد اليوم فإن غايته الأساسية لدى الشركات التي تتعاطاه إنما هي الربح ، أما فكرة التعاون فلا نطرح إلا من قبيل محاولة إقناع الجماهير الفقيرة أو المتوسطة الخائفة من المخاطر المفاجئة وكذلك لإعطاء التأمين مسحة إسلامية باعتباره نوعاً من أنواع التعاون على الخير يحض عليه الاسلام " . لكن هل لهذا الانكار سند من حقيقة التأمين التجاري الذي تمارسه شركات التأمين اليوم ؟ .

لنفرض شخصا يتفاوض مع شخص آخر على ضمان خطر الحريق الذي يتعرض له منزل يمتلكه قيمته مليون درهم . في هذه الحالة يكون على الضامن لكي يتقي كل خسارة محتملة في ماله الخاص من جراء تعهده بالضمان أن يطلب من المستفيد من الضمان القيمة الكلية للمنزل موضوع الضمان ، وهي مليون درهم . لكن المستفيد من الضمان سوف لا تكون له مصلحة في التعاقد على الضمان بهذا الثمن ، في الوقت الذي يتعرض فيه لخسارة مقابل الضمان كاملا إن لم يتحقق خطر الحريق الذي يخشاه . وحتى يكون للمستفيد من الضمان مصلحة في التعاقد على الضمان لا بد أن ينخفض المبلغ الذي يدفعه للضامن عن القيمة الكلية للمنزل . وتتزايد هذه

----

(١) الشيخ فيصل مولوي ، المرجع السابق ، ص ١٢ .
وفي المعني ذاته : محمد أبو زهرة في بحثه في التطبيق الفقهي لأحكام مذهب أبي حنيفة على عقد التأمين ونطاقه (لجنة البحوث الفقهية مجمع البحوث الاسلامية بالأزهر ، ص ١٠ ومابعدها) ، أشار إليه الدكتور غريب الجمال في مؤلفه " التأمين التجاري والبديل الاسلامي ، المرجع السابق ، ص ١٣٠ ومابعدها .

المصلحة بالطبع كلما انخفض مقابل الضمان ٠لكن مصلحة المستفيدمن الضمان سوف يقابلها بالضرورة احتمال في الخسارة في جانب الضامن ، يتناسب مع التخفيض تناسبا طرديا وفي مثل هذا الغرض القائم على مضمون وحيد يتعاقد مع الضامن ، تكون عملية الضمان مقامرة محضة نتيجتها الحتمية كسب في جانب أي من المتعاقدين وخسارة في جانب الآخر (١) ٠

وإذا ما افترضنا أن الضامن استطاع اقناع شخصين - بدلا من شخص واحد - بالتعاقد معه على ضمان خطر الحريق الذي يتعرض له منزلاهما الموجودان في جهتين مختلفتين والمتساويان في القيمة ، فإن معطيات عملية الضمان سوف تتحد إلى التغير في الاتجاهين التاليين :

انخفاض درجة احتمال تعرض الضامن لدفع قيمة المنزلين معا نتيجة لانخفاض درجة احتمال تعرض المنزلين معا للحريق ٠

قبول الضامن من كل من المعرضين للخطر أقل مما يقبله من أحدهما لو اقتصر الضمان عليه ، لأنه يعرف مقدما أن تحقق الخطر المضمون للمنزلين معا أقل احتمالامن تحققه لمنزل واحد منهما ، بحيث تكون لديه الفرصة لاستخدام المبالغ التي يدفعها المعرضان للخطر كلها في تعويض من يصيبه الخطر منهما ٠

----

(١) في هذا المعنى : على الخفيف في بحث في التأمين نشر بمجلة نور اليقين ، في غزة ، في أعدادها من عام ١٩٦٥ حتى أغسطس ١٩٦٦ ، أشار إليه عبد السميع المصري في مؤلفه " التأمين الاسلامي بين النظرية والتطبيق ، مكتبة وهبة بالقاهرة ، الطبعة أولى ١٩٨٠ ، ص ٣٥ محمد يوسف موسى ، مجلة الأهرام الاقتصادي العدد ١٣٢ بتاريخ ١٥ فبراير ١٩٦١ في حقل" حرام أم حلال " ، أشار إليه الدكتور غريب الجمال في المرجع السابق ، ص ١٤٧ ٠

وإذا ما افترضنا أن الضامن استطاع اقناع عشرة أشخاص في ذات الظروف بالتعاقد معه بدلا من شخصين ، فإن الاتجاهين السابقين سوف يتعاظمان ، بحيث ينخفض عدد المنازل المحتمل تعرضها للحريق منسوبا إلى عدد المنازل المتعاقد على ضمانها ، ويتخفض تبعا لذلك المبلغ الذي يقبل به الضامن مقابلا لضمان كل منزل منها .

ويتضح من هذه الفروض السابقة أنه كلما زاد عدد المتعاقدين على الضمان مع الضامن كلما قل احتمال الكسب والخسارة في جانب الضامن ، حتى إذا ماوصل إلى حد معين ، اختفى هذا الاحتمال أو كاد ، ولم يعد الضمان بالنسبة له نوعا من المقامرة ، وإنما أصبح تأمينا بالمعنى الدقيق ، يقوم هو فيه بوظيفة المؤمن ، ويقوم المتعاقدون معه بدور المستأمنين .

أما بالنسبة للمتعاقدين مع الضامن ، والذين صاروا مستأمنين بعد أن تزايد عددهم إلى الحد الذي يجعل من عملية الضمان عملية تأمين بالمعنى الدقيق ، فلا يزال احتمال الكسب والخسارة قائما بالنسبة لكل منهم . لكن الواحد منهم عندما يكسب إنما يكسب بعض مادفعه المستأمنون الآخرون ، ولا يكسب بعضا من مال الضامن أو المؤمن ذاته . وعندما يخسر إنما يخسر لحساب المتسأمنين الآخرين لا لحساب الضامن أو المؤمن .

وعلى هذا النحو يتضح أن التأمين الذي يجريه المؤمن هو في جوهره منظومة تجمع المستأمنين المعرضين لخطر واحد ، وتقوم على التزامات وحقوق متبادلة بينهم ، تماما كما هو الحال في التأمين التعاوني ، وأن وظيفة المؤمن لا تتجاوز التأليف بين

أفراد المنظومة الذين لا يعرف بعضهم بعضا في العادة ، وإدارة هذه المنظومة باقتضاء الالتزامات المترتبة على أفرادها وتسوية الحقوق المستحقة للبعض منهم (١) . وهذه المنظومة تستند إلى قانون علمي يعرف بقانون الاعداد الكبيرة . وفحوى هذا القانون أن وقوع حدث معين لشخص معين بذاته إن كان يخضع للصدفة المحضة ، إلا أن عدد مرات وقوع هذا الحدث ذاته في نطاق مجموعة متجانسة من الأشخاص هو أمر يمكن قياسه من خلال الاستقراء . وكلما زاد عدد أفراد المجموعة التي تخضع للاستقراء ، كلما اتجهت نتيجة القياس إلى الانضباط على نحو يمكن معه صياغتها في شكل نسبة مضطردة بين عدد الأشخاص وبين عدد الأحداث التي تقع لهم . وقد مكن هذا القانون لعلماء الرياضيات والاحصاء من حساب المبالغ اللازمة لتغطية كل خطر يتعرض له مجموع من الناس ، إذا ما قاموا بالتأمين على هذا الخطر ، ثم توزيعها عليهم ، تحديدا لقسط التأمين الذي ينبغي أن يتحمل به كل منهم ، على نحو يحقق التماثل بين الأقساط المتجمعة وبين مجموع المبالغ المستحقة لمن يلحق به الخطر من المستأمنين.

١٩ - وإذا كان التأمين التجاري هو في حقيقته - وعلى النحو السابق بيانه - منظومة من الالتزامات والحقوق المتبادلة بين المستأمنين ، يديرها المؤمن وفقا لقوانين وحسابات علمية ، فإنه يترتب على ذلك النتائج الهامة التالية :

(أ) أن عقد التأمين التجاري ليس كلا مستكفيا بذاته وإنما هو مكون من مكونات

---

(١) وهذا ما سلم به بعض الفقهاء المعاصرين بالفعل . انظر على سبيل المثال : مصطفى الزرقا ، المرجع السابق .

منظومة التأمين الخاصة بنوع الخطر المؤمن منه ، والتي يدلف المستأمن إليها بمقتضى هذا العقد (١) .

(ب) أن كلا من قسط التأمين وحقوق المستأمن في هذا العقد لا يخضع في تحديده وفي شروط استحقاقه لمحض إرادة طرفي عقد التأمين والمساومة بينهما ، وإنما يخضعان في ذلك كله للمعطيات الموضوعية لمنظومة التأمين . ومن ثم فالقسط يتوقف في تحديده وفي استحقاقه على حجم المبالغ اللازمة لتغطية الأخطار المتوقع تحققها لأفراد منظومة التأمين (٢) . أما حقوق المستأمن ، فتتوقف على حصول الخطر المؤمن منه له بالذات ، وعلى قدر التغطية اللازمة لهذا الخطر (٣) .

---

(١) قرب .الدكتور غريب الجمال ، التأمين في الشريعة الاسلامية والقانون ، دار الشروق بجدة ١٩٧٧ ، ص ٨٦ .

(٢) يلاحظ أن قسط التأمين التجاري قد يختلف عن اشتراك التأمين في التأمين التعاوني ، من حيث أن الأول يتغير من مستأمن إلى آخر تبعا لقيمة الخطر المؤمن منه ، كقيمة المنزل المؤمن عليه في حالة التأمين ضد الحريق مثلا ، من ناحية ، ودرجة احتمال وقوع الخطر ، كما لو كان المنزل المؤمن عليه من الحريق مثلا أكثر تعرضا للخطر من غيره بالنظر لوجود مصنع متفرقعات فيه ، من ناحية أخرى . ومن الواضح أن ارتباط القسط بقيمة الخطر ودرجة احتمال وقوعه على هذا النحو من شأنه أن يحقق العدالة بين مجموع المستأمنين ، بما يؤكد سلامة الأسس العامة التي يقوم عليها التأمين التجاري .

(٣) يلاحظ أنه في التأمين على الحياة تقدر قيمة الخطر المؤمن منه بمبلغ التأمين الذي يلتزم المؤمن بدفعه عند وقوع الخطر المؤمن منه . ولما كانت قيمة الخطر تؤثر في تحديد القسط على النحو السابق بيانه في الحاشية السابقة ، فإن قسط التأمين سوف يكون مرتبطا بالضرورة بحجم الحقوق المقررة للمستأمن عند وقوع الخطر المؤمن منه .ولكن هذا الارتباط يمر دائما بالمعطيات الموضوعية لمنظومة التأمين .

(ج) أن تقدير مشروعية عقد التأمين ينبغي لذلك أن ينظر إليها لا من خلال وجود أو انعدام التماثل بين القسط الذي يدفعه المؤمن وبين حقوقه ، من حيث المقدار وتاريخ الاستحقاق ، أو من خلال وجود الغرر أو انعدامه فيهما ، وإنما من خلال قياس مشروعية منظومة التأمين وأهدافها بمعيار القيم المقبولة في المجتمع . وبذلك يظل الباب مفتوحا في مجتمع اسلامي أمام ابطال أنواع التأمين التي تتنافى مع قيم هذا المجتمع ، على نحو ماسوف نراه .

وهذا كله يؤكد في النهاية تشابه الأصول التي يقوم عليها كل من التأمين التجاري والتأمين التعاوني . فلماذا إذا يلقى التأمين التجاري معارضة من الفقه خلافا للتأمين التعاوني ؟ .

سعي المؤمن إلى الربح :

١٠ - إن السبب الحقيقي لمعارضة الفقه للتأمين التجاري ليس في تقديرنا اعتبار المعاوضة في هذا التأمين أو انعدام العلاقة بين المستأمن فيه وبين بقية المستأمنين من ذات الخطر ، وإنما هو اعتبار الربح الذي يجنيه المؤمن من جراء اضطلاعه بتنظيم عملية التأمين . وفي ذلك يقول أحد الفقهاء في مقام الموازنة بين التأمين التعاوني والتأمين التجاري " ونحن نعتقد مشروعية التأمين التعاوني لأنه نظام اجتماعي تكافلي ، ووجود المعاوضة فيه ليس بقصد التجارة أو الربح ، وإنما يقصد تحقيق أهداف هذا النظام التكافلية ، أما التأمين التجاري فهو عقد معاوضة غايته الربح عند الطرفين أو على الأقل عند الشركة ومتى كانت غاية أحد الطرفين الربح انتفى

معنى التكافل " (١) ، ويؤكد فقيه آخر أن وجود هذه الغاية وهي الربح في التأمين التجاري هو الذي يحول دون امكان قياسه على بعض العقود أو النظم المشروعة ، كعقد الموالاة ونظام العاقلة (٢) .

لكن المناصرين للتأمين التجاري يلاحظون أنه " إذا كثرت الرغبات في التأمين وأصبح يدخل فيه الألوف - عشراتها أو مئاتها أو آلافها من الراغبين وأصبح يتناول عددا كبيرا من أنواع الأخطار المختلفة ، فإنه عندئذ يحتاج إلى إدارة متفرعة وتنظيم ونفقات كبيرة من أجور محلات وموظفين ووسائل آلية الخ ... وعندئذ لا بد لمن يتفرغون لإدارته وتنظيمه من أن يعيشوا على حساب هذه الإدارة الواسعة كما يعيش أي تاجر أو صانع أو محترف أو موظف على حساب عمله ، وعندئذ لا بد من أن يوجد فرق بين الأقساط التي تجبى من المستأمنين وبين مايؤدي من نفقات وتعويضات للمصابين عن أضرارهم لتربح الإدارة المتفرعة هذا الفرق وتعيش منه كما يعيش التاجر من فرق السعر بين مايشتري ويبيع " (٣) .

ويضيف البعض إلى هذا الاعتبار أن المؤمن يقوم بالمضاربة في الأموال المتجمعة من أقساط المستأمنين ، مضاربة تعود بربح على المستأمنين أنفسهم يظهر أثره في تخفيض قيمة الأقساط التي يلزمون بها ، فيكون من حقه الحصول على جانب من

----

(١) الشيخ فيصل مولوي ، المرجع السابق ، ص ١٧٦ - ١٧٧ .

(٢) محمد أبو زهرة ، المرجع السابق .

(٣) مصطفى الزرقا ، المرجع السابق ، ص ١٦٧ من مؤلف الشيخ فيصل مولوي .

هذا الربح في مقابل عمله في المضاربة (١) .

ويرد المناهضون للتأمين التجاري على ذلك كله بأن " التأمين سواء كان تعاونيا أو تجاريا يحتاج اليوم إلى إدارة متفرغة وتنظيم ونفقات ، والفرق بين النوعين هو أن القائمين على الادارة في التعاوني يأخذون رواتب محددة كموظفين ، بينما أصحاب الشركات التجارية يأخذون الأرباح كلها وهي الفرق بين الأقساط والنفقات(٢) . "فالتأمين التعاوني اليوم - وبعد تطوره - أصبح يتولاه عن المستأمنين منظمة متفرغة بأسلوب فني علمي ، على نحو يماثل ما عليه الحال في التأمين التجـاري"(٣) .

٢١ - ولا شك لدينا في أن هذه الملاحظة الأخيرة تتضمن قدرا من الصحة . لكنها لا تغير من الحقيقة في جملتها . ذلك أن التأمين التجاري يتميز بعنصر هام لا مقابل له في التأمين التعاوني يبرر أو يفسر احتفاظ المؤمن لنفسه بما قد يجتمع لديه من فرق بين مبالغ الأقساط وبين ما يبذله من أموال لتغطية المخاطر المؤمن منها ولإدارة وتنظيم عملية التأمين . ففي التأمين التجاري يلتزم المؤمن في ماله الخاص بضمان حقوق المستأمنين عند عـدم كفايـة الأمـوال المتبقية مـن الأقسـاط بعـد النفقـات للوفـاء بها .

----

(١) محمد البهي ، المرجع السابق ، ص ٣٥ ومابعدها .

(٢) الشيخ فيصل مولوي ، المرجع السابق ، ص ١٨٠ .

(٣) محمد شوقي الفنجري ، الاسلام والتأمين ، التعاون لا الاستغلال أساس عقد التأمين الاسلامي ، ص ٤٢ .

ولذلك كان قسط التأمين التجاري قسطا ثابتا ، باعتبار أن المؤمن ضامن في ماله الخاص عند عدم كفاية الأقساط للوفاء بحقوق المستأمنين ، خلافا لما عليه الحال في التأمين التعاوني ، حيث يكون الاشتراك متغيرا ، بالنظر إلى عدم وجود مثل هذا الضمان الموجود في التأمين التجاري . وتحقيقا لجدية هذا الضمان وفاعليته يلزمه القانون بتقديم رأس مال معين يكون ضمانا لتنفيذ هذا الالتزام(١) . فهو إذن يوظف أمواله الخاصة لصالح منظومة التأمين وتقديم الضمان اللازم لإطمئنان المشاركين فيها على نجاحها . أفلا يكون من حقه أن يحصل على مقابل لهذا الضمان ؟ أفلا يكون من حقه أن يربح من وراء توظيفه لأمواله الخاصة في هذا الغرض ؟

٢١ - إن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف في تقديرنا على ثبوت الصفة المالية للضمان الذي يقدمه المؤمن للمستأمنين في التأمين التجاري أو نفيها عنه . فإذا أثبتنا

----

(١) تنص المادة ١١ من القانون الاتحادي رقم (٩)لسنة ١٩٨٤ في شأن شركات ووكلاء التأمين ، المعدل بالقانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ١٩٨٦ في دولة الامارات ، على أنه " يشترط في شركات التأمين التي تؤسس في الدولة أن تتخذ شكل الشركات المساهمة العامة وأن تكون أسهمها جميعها اسمية وأن يكون رأسمالها مملوكا دائماللمساهمين متمتعين بجنسية الدولة ".

وتنص المادة ١٢ من هذا القانون على أنه " لا يجوز أن تقل قيمة المدفوع من رأسمال شركة التأمين عن عشرة ملايين درهم في جميع الأحوال " .

وتنص المادة ٤١ منه على أنه " يجب على كل شركة تأمين أن تودع في أحد المصارف العاملة في الدولة وديعة كضمان لقيامها بالتزاماتها مقدارها :

١ - مليونا درهم عن فرعي التأمين على الحياة والادخار وتكوين الأموال ...

٢ - مليون درهم عن كل فرع من فروع التأمين الأخرى ...

ويجوز بقرار من الوزير زيادة مبالغ الوديعة المنصوص عليها في البندين السابقين بعد أخذ رأي اللجنة العليا للتأمين ".

له هذه الصفة فسوف يكون من حق المؤمن أن يحصل على مقابل مالي لما يقدمه للمستأمنين من ضمان . وإذا نفيناها عنه ، فسوف لايكون له أن يحصل على هذا المقابل ، وسوف لا تكون له مصلحة مالية في الاضطلاع بتقديم الضمان للمستأمنين ومن ثم فسوف لا يكون أمامه سوى الخيار بين أمرين :إما تقديم هذا الضمان على سبيل التبرع ، وإما تحمل النتائج المترتبة على حرمة مايقوم به من تأمين.

ومن هنا كان مانشهده في الفقه المعاصر من خلاف حاد حول شرعية التأمين التجاري الذي تنظمه شركات التأمين ، وتضمن حقوق المستأمنين فيه نظير علاوة تضيفها إلى قسط التأمين مقابلا لاضطلاعها بهذا الضمان . فرغم تعدد الحجج التي يبديها كل من طرفي الخلاف لنصرة رأيه ، فالخلاف في بعده الحقيقي والنهائي هو خلاف حول إثبات أو عدم اثبات الصفة المالية للضمان الذي تقدمه شركات التأمين للمستأمنين . آية ذلك أن الفقه الرافض للتأمين التجاري أصبح كما قدمنا يسلم تسليما واضحا بشرعية التأمين التعاوني ، مما يقطع بأن محور الخلاف ليس هو في الحقيقة الضمان الذي تقدمه منظومة التأمين المكونة من مجموع المستأمنين لكل مستأمن منهم ، وإنما هو في الحقيقة ذلك النوع الآخر من الضمان الذي يقدمه المؤمن في التأمين التجاري لمجموع المستأمنين المشاركين في منظومة التأمين ، بمقابل تمثله علاوة الربح التي تضاف إلى أقساط التأمين كنسبة منها ، والذي لا وجود له في التأمين التعاوني .

والحق أن اضفاء الصفة المالية على قيمة من القيم الموجودة في المجتمع هو أمر يتعلق

بأعراف الناس وعاداتهم فيه ، وما يحكم مشروعية هذه الأعراف والعادات من ضوابط (١) .

والحق أيضا أن تقاليد الفقه الاسلامي قد جرت حتى العصر الحاضر على أن الضمان - بمعني الكفالة - هو قيمة أدبية أو معنوية لا يجوز أن تكون محلاً لمعاوضة مالية ، بمعنى أن الضامن لا يجوز له أن يأخذ مقابلا لما يقدمه من ضمان من المدين بالدين المضمون أو من الدائن المستفيد من الضمان . وتعبيرا عن هذه التقاليد يؤكد البعض بأن " الضمان لا يصح أخذ العوض عنه لأنه من المروءات ولا يؤخذ على المروءة وعمل الخير عوض لمنافاة ذلك للخلق الكريم " (٢) ، ويترتب على ذلك أن التأمين في مقابل أقساط تدفع للمؤمن يعتبر من قبيل أكل المال بالباطل (٣) .

لكن البعض الآخر يلاحظ بحق أن تقاليد الفقه الاسلامي في هذا الصدد ، واعتباره الضمان من قبيل المروءات التي لا تكون محلا للمعاوضات ، لم يكن لها من سند حقيقي سوى أعراف الناس وعاداتهم إبان نشأة هذه التقاليد ، إن " جمهور الفقهاء أسسوا رأيهم علي ماقام عليه عرفهم . أما وقد تغير العرف فاتخذ الناس

---

(١) انظر في تفصيل ذلك : عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزامات وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة ، باعتناء الدكتور محمد الألفي ، ١٩٨٢، ج ١ ، ص ٤٥ وما بعدها .

(٢) من فتوى للشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية وعضو المحكمة العليا الشرعية بمصر ، نقله الدكتور غريب الجمال ، المرجع السابق ، ص ١٣٨ ومابعدها . وانظر أيضا مؤلف الدكتور غريب الجمال التأمين في الشريعة الاسلامية والقانون ، دار الشروق بجدة ، ١٩٧٧ ، ص ٧٥ ومابعدها .

(٣) د.غريب الجمال ، التأمين التجاري والبديل الاسلامي ، المرجع السابق ، ص ١٣٨ ، التأمين في الشريعة الاسلامية والقانون ، المرجع السابق ، ص ١٢٨ ومابعدها .

الضمان وتحمل التبعة وسيلة أمان وطمأنينة .. فليس هناك ما يمنع من تقويم هذه الوسيلة ومعاوضتها بالمال ... " (١) .

وفي تقديرنا أن حاجة الناس (٢) إلى التأمين واعتيادهم على التأمين التجاري - في ظل العزوف عن تحمل مشقة إقامة منظومات للتأمين التعاوني - يفتح الباب أمام التسليم بالصفة المالية للضمان الذي تقدمه شركات التأمين واباحة حصولها على مقابل لهذا الضمان ، ومن ثم التسليم باباحة التأمين التجاري. نظير ذلك في تاريخ الفقه الاسلامي قراءة القرآن وتعليمه . فقد ظلت قرونا عديدة من عمر الفقه الاسلامي معتبرة أداء غير مالي لاتصالها بالعبادة . فلما تغيرت عادات الناس وصار تقديمها رهينا ببذل المال في سبيلها ، اعترف الفقهاء لها بالصفة المالية وأجازوا التعاوض عليها .

ونبادر في هذا الصدد إلى التنبيه إلى أننا لا نعتمد في تقديرنا لإباحة التأمين التجاري على مجرد أن الضرورة أو الحاجة تدعو إليه أو على أن أعراف الناس وعاداتهم تجري به ، فيكون لذلك كله مباحا خلافا للأصل من حرمته . فقد سبق أن

----

(١) د. غريب الجمال ، التأمين التجاري والبديل الاسلامي ، ص ١٤٣ ، التأمين في الشريعة الاسلامية والقانون ، المرجع السابق ، ص ٨٧٧ ، على الحفيف ، المرجع السابق ، ص ٣ ، أشار إليه غريب الجمال في مؤلفه عن التأمين في الشريعة الاسلامية والقانون ، المرجع السابق ، ص ١٢٩ .

(٢) في بيان هذه الحاجة انظر : محمد البهي ، المجع السابق ، محمد شوقي الفنجري ، الاسلام والتأمين ، المرجع السابق ، ص ٢٧ - ٢٩ .

رأينا أن التأمين في كافة صوره - بما في ذلك التأمين التجاري - هو منظومة جماعية لتوزيع آثار المخاطر التي يتعرض لها أفراد المنظومة ، وأنه لذلك يخرج من نطاق البحث في الربا والغرر الذي يحكم المعاوضات الفردية ، على نحو يكون معه مباحا بحسب وضعه الأصلي . إنما لجأنا إلى الضرورة أو الحاجة ، وإلى العرف والعادة ، لمجرد دفع اعتراض ناشىء عن أصل عرفي ، تأسيسا على تغير العرف والعادات التي ابتنى عليها هذا الأصل .

الفرع الثالث

تقييم عقد التأمين
في ضوء ممارسات شركات التأمين

٢٢ - يذهب كثير من الفقهاء إلى تقييم التأمين لا من خلال وضع عقد التأمين من فصائل العقود ولا من خلال جوهره بحسبانه منظومة لتوزيع آثار المخاطر على مجموع المستأمنين ، على النحو المتقدم بيانه ، وإنما من خلال تقييم الممارسات الواقعية لشركات التأمين تقييما يرتد في النهاية إلى عقد التأمين وإلى عملية التأمين . فشركات التأمين في سعيها إلى المزيد من الربح تقوم في مراحل التأمين المتعاقبة بممارسات مختلفة غير مشروعة من شأنها أن تؤدي إلى عدم مشروعية التأمين الذي تجريه هذه الشركات وتحريم عقود التأمين التي ترتبط بها . ويمكن تصنيف هذه الممارسات في ثلاث فصائل رئيسية ، تتعلق أولاها باختيار الأغراض المؤمن عليها ،

وتتعلق الثانية بتحديد أقساط التأمين واستثمار الأموال المتجمعة منها ، وتتعلق الثالثة والأخيرة بدفع حقوق المستأمنين .

اختيار المخاطر المؤمن منها:

٢٣ - يسجل المناهضون للتأمين التجاري ضمن دواعي معاوضته أن شركات التأمين في سعيها المحموم نحو تحقيق الربح لا تقصر نشاطها على التأمين من المخاطر التي تصيب قيمة من القيم المعتبرة في المجتمع ، كما هو الحال في التأمين من المسئولية والتأمين على الأشياء والتأمين ضد الاصابات والتأمين على الحياة ، وإنما تمده إلى مجالات أخرى لا اعتبار لها في أعراف المجتمع وتقاليده ، كما هو الحال مثلا في " تأمين السياسيين على مراكزهم الحزبية ، والمغنيين على أصواتهم ، والنساء على جمالهن إلى غير ذلك من أنواع السفه الرخيص والتفاهة الماجنة "(١) .

والحق أن لكل مجتمع قيمه الخاصة به ، والتي تختلف في كثير أو قليل عن قيم غيره من المجتمعات . ومن ثم فالقيم المقبولة في مجتمع غربي مثلا قد لا تكون مقبولة في مجتمع اسلامي . وعلى هذا النحو فالقول بإباحة التأمين - وبخاصة التجاري منه - في المجتمع الاسلامي يتعين أن يكون مقرونا بآلية مناسبة لإفراز القيم غير المعتبرة في المجتع الاسلامي وتنحيتها من مجال التأمين المشروع . والتأمين التجاري لا يختلف في هذا الصدد عن التأمين التعاوني ، إذ التأمين التعاوني يمكن أن يستخدم آداة لضمان القيم غير المشروعة مثله في ذلك مثل التأمين التجاري. ويكفي للاقتناع بذلك أن تتصور جماعة من المشتغلين بعمل غير مشروع كتجارة

---

(١) الشيخ فيصل مولوي ، المرجع السابق ، ص ١٥ .

المخدرات والخمور مثلا ، اتفقت فيما بينها على إقامة منظومة لتأمين أفرادها من المخاطر التي يتعرض لها نشاط أي منهم. ففي مثل هذا الفرض سوف يكون التأمين بالضرورة غير مشروع على الرغم من اتخاذه الشكل التعاوني .

٢٣ - والواقع أن النظر إلى عقد التأمين كمجرد أداة يدلف بها المستأمن إلى منظومة التأمين ، تعاونيا كان هذا التأمين أو تجاريا ، وما يترتب عليه من اخفاق فكرة الربا أو فكرة الغرر ، بحسبانهما الأداتين المعتبرتين أصلا للرقابة على شرعية العقود كما قدمنا ، لا يعني انعدام الوسيلة المناسبة لتحقيق هذه الرقابة . فهذه الوسيلة تتمثل في الحقيقة في فكرة الغرض . فحتى يكون التأمين مشروعا يتعين أن يستهدف غرضا مشروعا .

ولاشك أن الفقه الاسلامي يتنازعه في هذا الصدد اتجاهان مختلفان . الأول يمثله الأحناف والشافعية . وفيه لا يعتد بمقاصد المتعاقد إلا إذا كانت داخله في صيغة العقد ولا يكاد الغرض فيه يتميز عن المحل . والثاني يمثله المالكية والحنابلة. وفيه يعتد بمقاصد المتعاقد ونواياه ولو لم تكن داخلة في صيغة العقد ، ما دام المتعاقد الآخر يعلم بها أو كان العلم بها متاحا له (١) . وفيه أيضا تمتد فكرة الغرض فيما وراء فكرة المحل ، لتضم المقاصد والنوايا المتميزة عنها (٢) .

----

(١) راجع في ذلك : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج ٤ ، ص ٥١ ومابعدها ، عبد المجيد الحكيم ، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي . ج ١ ، مصادر الالتزام ، ص ١٠٦ وما بعدها .

(٢) في هذا المعنى : إبن القيم في أعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٩٦ - ص ٩٨ .

ومن الواضح أن هذا الخلاف الفقهي لا أثر له على قدرة فكرة الغرض على كفالة الرقابة المطلوبة في مجال التأمين . ففي التأمين يكون الخطر المؤمن منه دائما وأبدا محددا في العقد وداخلا في صيغته حتى ليبدو أن التأمين من هذا الخطر بعينه هو محل التأمين . ومن ثم فليس هناك مايحول دون اتخاذ فكرة الغرض من التأمين ومشروعيته أداه لتحقيق الرقابة على التأمين ، سواء في المذهبين الحنفي والشافعي اللذين يقصران الرقابة على مايدخل في صيغة العقد أو في المذهبين المالكي والحنبلي اللذين يمدانها إلى مقاصد المتعاقد ونواياه التي توجد خارج صيغة العقد .

وإذا كانت رقابة المشروعية عادة تكون رقابة لاحقه يجريها القضاء عند طرح نزاع متعلق بعقد مبرم من قبل ، فمن اليسير - في تقديرنا - إجراء هذه الرقابة مسبقا بصدد عقود التأمين بالذات ، وقبل ابرام هذه العقود . ذلك أن شركات التأمين عندما تكتشف نوعا أو آخر من المخاطر التي يمكن تسويق التأمين عليها ، تعمد إلى صياغة وثيقة محددة للتأمين منها مقدما ثم تطرحها على جمهور المستأمنين ليكون التعامل وفقا لشروطها بالنسبة للكافة . ولذلك فإنه يمكن أن يكون هناك جهاز شرعي تعرض عليه صور التأمين التي تبتدعها شركات التأمين للنظر في مدى اعتبار القيم المقترح التأمين عليها فيها وفقا لمعايير المجتمع الاسلامي ، قبل طرحها على جمهور العملاء للتعامل بها . وعلى هذا النحو يمكن لهذا الجهاز أن يحجب موافقته عن صور التأمين التي يرى مخالفتها لقيم المجتمع الاسلامي ، وأن يمنحها لصور التأمين التي تتوافق مع هذه القيم ، بدلا من الحكم على نظام التأمين في ذاته وبرمته بعدم المشروعية .

تحديد الأقساط واستثمار الأموال المتجمعة منها:

٢٤ - يقترن تحديد الأقساط واستثمار الأموال المتجمعة منها بمجموعة من الممارسات غير المشروعة من قبل شركات التأمين تنعكس في نظر المناهضين للتأمين الذي تجريه علي شرعية هذا التأمين ، حاصلها المبالغة في تقدير الأقساط علي نحو يضمن للشركة أقصى ربح ممكن ، واستثمار الأموال المتجمعة منها في المعاملات الربوية ، وتسخيرها للسيطرة على الحياة الاقتصادية والسياسية العامة .

فأما عن المبالغة في تقدير الأقساط ، فقد رأينا أن القسط يتكون من جزئين أحدهما ويسمى القسط الصافي يخصص لتغطية المخاطر المؤمن منها ويقدر وفقا لأسس احصائية دقيقة تضمن تناسب قيمة الأقساط المتجمعة مع قيمة المبالغ اللازمة لتغطية المخاطر و الثاني ويسمى بعلاوات القسط تخصص لمواجهة النفقات الادارية وتحقيق عائد للمؤمن نظير اضطلاعه بمخاطر عملية التأمين . لكن شركات التأمين غالبا ما تتجاوز هذه الأسس في الحدود التي تسمح لها بها حاجة المستأمنين إلى التأمين بغية زيادة ما تجنيه من مكاسب من وراء عمليات التأمين .

وفي تقديرنا أن مسلك شركات التأمين في هذا الصدد لا يختلف عن مسلك أي تاجر آخر يسعى إلى تحقيق الربح . ولذلك فإن مواجهة هذا المسلك لا تكون بتحريم التأمين - وقد ثبتت مشروعيته والحاجة إليه - وإنما تكون بالتصدي له بطريق مباشر .

وفي تقديرنا أيضا أن طبيعة التأمين التجاري ، وربما خلافا لغيره من العمليات التجارية ، تمكن من التصدي لهذا المسلك على نحو مباشر وفعال . فما دام القسط

الصافي يحدد كما قدمنا على أسس احصائية موضوعية فإنه يمكن للدولة فرض الرقابة على تقديره ، بما يحول بين شركات التأمين وبين استغلال حاجة المستأمنين (١).

وبالمثل فإنه يمكن للدولة فرض الرقابة على تقدير علاوات القسط ، سواء في ذلك ما يقابل النفقات الادارية أو ما يمثل ربح المؤمن . وهذا ما اتجهت إليه الدول الحديثة بالفعل بانشائها أجهزة للرقابة على هيئات التأمين وما تباشره من أنشطة . بل وقد خطت بعض الدول خطوة أخرى فوضعت نسبا معينة لتوزيع الأرباح الناجمة عن استثمار أقساط التأمين بين شركات التأمين وبين المستأمنين ، خاصة فيما يتعلق بالتأمين على الحياة الذي تتجمع أقساطه لمدة طويلة تحت يد شركات التأمين مما يسمح بتوجيهها إلى الاستثمار والاسترباح (٢) .

٢٥ - وأما عن استثمار الأموال المتجمعة من الأقساط في عمليات ربوية ، فلا شك في أن شركات التأمين توظف جزءا منها في الاقتراض بفائدة . غير أن معظم هذه الأموال توجه عادة إلى الاستثمار المباشر في العقارات أو في الصناعة والتجارة والقليل منها هو الذي يوجه إلى الاقراض بفائدة . والمجتمعات الاسلامية المعاصرة تشهد في ظل نهضة البنوك الاسلامية توجها حقيقيا نحو التخلص من هذا النوع الأخير من الاستثمار باستبدل نظام المضاربة به . ثم إن الاستثمار غير المباشر في الاقراض بفائدة ليس إلا أحد أوجه الاستثمار التي تتيحها النظم القائمة في المجتمع . ومن ثم فإن المواجهة ينبغي أن تكون لهذا الطريق من طرق الاستثمار وللمؤسسات

----

(١) انظر بالنسبه لدولة الامارات العربية المتحدة القانون الاتحادي رقم (٩) لنسة ١٩٨٤ في شأن شركات ووكلاء التأمين المعدل بالقانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ١٩٨٦.

(١) انظر في تجربة السويد في هذا المجال : عبد السميع المصري ، التأمين الاسلامي بين النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ، ص ٦١ .

التي تمارسه - ومن بينها بلا شك شركات التأمين - لا إلى نظام التأمين في ذاته . ويوم أن يتوصل المجتمع إلى اغلاق هذا الباب من أبواب الاستثمار المنافية لقيم المجتمع الاسلامي ، فسوف لا تجد شركات التأمين صعوبة في توجيه استثماراتها بالكامل إلى المجالات التي لا تتعارض مع هذه القيم .

٢٦ - وأما عن تأثير شركات التأمين في الحياة العامة الاقتصادية والسياسية ، فشركات التأمين تتمكن من تجميع قدر كبير من الأموال في أيدي القائمين عليها ، فتساهم في رأي المناهضين للتأمين التجاري في توسيع الهوة بين الفقراء والأغنياء ، كما تستغل قوتها الاقتصادية في التأثير على الحياة العامة الاقتصادية والسياسية تحقيقا لمصالح القائمين عليها (١) .

وقد يكون كل ذلك أو بعضه غير منكور . لكنه لا يبرر بأي حال تحريم التأمين.

إن تجميع الأموال الضخمة لايقتصر على شركات التأمين التجارية وإنما يمتد كذلك إلى شركات التأمين التعاوني. وهو ظاهرة عامة لا تقتصر على مؤسسات التأمين بنوعيها وانما تمتد إلى كافة مؤسسات الاقتصاديات الصناعية الحديثة كضرورة من ضروراتها ، حتى قيل بأن " تقدم البشرية مدين إلى حد كبير لفكرة تكوين رؤس الأموال التي تتجمع على مدى الأجيال من تراكم الفائض من الانتاج بعد

----

(١) انظر في ذلك بصفة خاصة : الدكتور عيسى عبده ، التأمين بين الحل والتحريم ، دار الاعتصام ١٩٧٧ .

الاستهلاك ..." (١) . بل وظاهرة تجميع الأموال في نطاق التأمين بالذات تؤدي وظيفة لا غنى عنها لهذه الاقتصاديات بما توفره من ضمانات لرأس المال واستمراره في أداء دوره الحيوي في الاقتصاد القومي (٢) .

ومن ثم فإن مواجهة الآثار السلبية لممارسات مؤسسات التأمين في مجال الاقتصاد القومي والسياسة العامة لا تكون بانكار شرعية التأمين ، وإنما تكون بالتصدي المباشر لهذه الآثار ، عن طريق توجيه استثمارات التأمين إلى المجالات التي تحقق أهداف الاقتصاد القومي ، من ناحية ، وتعديل النظم الضابطة لإقامة و تسيير المؤسسات السياسية بما يسد الباب أمام تأثير رأس المال أيا ما كان مصدره .

دفع حقوق المستأمنين:

٢٧ - لا تقتصر الممارسات المنحرفة لشركات التأمين التجاري على مجال تحديد الأقساط واستثمار ناتجها ، وإنما تمد كذلك إلى مجال دفع حقوق المستأمنين . فشركات التأمين تنفرد بوضع الشروط العامة لوثائق التأمين المختلفة قبل التعاقد ولا تقبل مناقشة المستأمنين فيها . وهي تستطيع دائما من خلال خبراتها العملية المتجمعة صياغة هذه الشروط على نحو يفتح الباب أمامها للإفلات من الالتزام بدفع حقوق المستأمن كلها أو بعضها عند استحقاقها بوقوع الخطر المؤمن منه ، بما تفرضه على المستأمن من إجراءات ومواعيد وقيود ، يترتب على عدم التزامه بها فقدانه لحقوقه .

---

(١) أحمد شكري الحكيم ، التأمين واعادة التأمين في اقتصاديات الدول النامية ، مكتبة الانجلو المصرية ، ص ١٧ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١٨ . وانظر في تفصيل الدور الذي يؤديه التأمين في الاقتصاد القومي بالتفصيل : المرجع السابق ، ص ٢٢ ومابعدها .

ويزيد من وقع هذه الشروط على المستأمن أنه غالبا مالا يلتفت إليها عند التعاقد أو يتذكرها عند وقوع الخطر المؤمن منه .

غير أن هذه الظاهرة ليست قاصرة على شركات التأمين وإنما هي في الحقيقة ظاهرة عامة مصاحبة لظاهرة المشروعات الكبيرة المتخصصة في تقديم السلع والخدمات للجمهور في الاقتصاديات الحديثة . وقد تنبه الفكر القانوني لوجودها منذ القرن التاسع عشر ، وعكف على إيجاد الحلول المناسبة لها ، وتطوير هذه الحلول في اتجاه حماية جمهور المتعاملين مع هذه المشروعات .

وقد قدمت في هذا الصدد فكرة عقود الاذعان التي يقتصر القبول فيها على مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب سلفا لسائر عملائه ولا يقبل مناقشة فيها . ويتمتع هذا النوع من العقود بأحكام خاصة به ، أهمها وجوب تفسير الشروط الغامضة لمصلحة الطرف المذعن ، لا لمصلحة الطرف الذي قام بوضعها ، وتخويل القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية فيها أو اعفاء الطرف المذعن منها . وهذا ما تولت قوانين المعاملات الحديثة بالفعل تطبيقه على عقود التأمين بنصوص خاصة (١) .

---

(١) تنص المادة ١٠٢٨ من قانون المعاملات المدنية في دولة الامارات على أنه : " يقع باطلا كل مايرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية :

أ- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جناية أو جنحة عمدية .

ب - الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى=

ثم قدمت بعد ذلك فكرة عقود الاستهلاك ، التي تعقد بين مستهلك السلعة أو الخدمة وبين منتجها أو القائم بها . وتتميز هذه العقود بأن أحد طرفيها مهني محترف يستطيع دائما حماية مصالحه من واقع خبرته ، بينما الآخر مستهلك عابر لا خبرة له في هذا المجال . لذلك فقد القي على عاتق الطرف الأول فيها التزام بتبصير الطرف الآخر بخصائص السلعة أو الخدمة التي يقدمها له من واقع خبرته حتى يكون رضاه بها عن وعي كاف ، علي نحو يؤدي معه اخلاله بهذا الالتزام إلى فتح الباب أمام الطرف الآخر للتمسك بالغلط أو التغرير أو للمطالبة بالتعويض ، ومنح الطرف الثاني - وهو المستهلك - مهلة للتدبر والتروي قبل الارتباط بالعقد أو قبل الالتزام به بصفة نهائية ، كما أبطلت شروط الاعفاء من الضمان أو تخفيفه في هذا النوع من العقود .وهذا كله مايمكن الأخذ به في عقود التأمين ، باعتبارها من عقود استهلاك الخدمات ، وباعتبارأن المؤمن فيها يحترف تقديم سلعة التأمين ، وأن المستأمن مستهلك عابر لهذه السلعة . تطبيقا لذلك نصت المادة ٢٩ من القانون الاتحادي رقم (٩) لسنة ١٩٨٤ في شأن شركات ووكلاء التأمين ، المعدل بالقانون الاتحادي رقم(١٤) لسنة ١٩٨٦ ، في دولة الامارات ، على أنه " على الشركة (شركة التأمين) ، أن تطلع حاملي وثائقها بناء على رغبتهم على جميع البيانات المتعلقة بوثائقهم وأن تسلم نسخة من هذه البيانات لمن يطلبها منهم مقابل الرسم المنصوص عليه في اللائحة التنفيذية " .

= الجهات المطلوب إخبارها أو تقديم المستندات إذا تبين أن التأخير كان لعذر مقبول .

ج - كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر إذا كان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى بطلان العقد أو سقوط حق المؤمن له .

د - شرط التحكيم إذا لم يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين

هـ - كل شرط تعسفي يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه ".

وقد يكون من الأوفق في هذا الصدد وضع وثائق نموذجية مدروسة من قبل الدولة لكافة صور التأمين المشروعة ، تكون ملزمة للمؤمنين ، ولا يجوز لهم الخروج عليها مالم يكن الخروج لمصلحة المستأمنين ، على نحو ما فعله المشرع الاماراتي مؤخرا بشأن توحيد وثائق التأمين على السيارات (١) .

---

(١) انظر القرار الوزاري رقم (٥٤) لسنة ١٩٨٧ الصادر من وزير الاقتصاد والتجارة بشأن توحيد وثائق التأمين على السيارات .

خاتمـــة

٢٨ - وبعد فهذه التأملات التي قدمناها ليست إلا محاولة لإلقاء الضوء على بعض جوانب قضية التأمين في الفقه الاسلامي المعاصر ، وليس فيها الكثير من الابتداع بقدر مافيها من محاولة ترتيب الأفكار المتباينة في الموضوع في انساق متصلة تساعد على رسم صورة متكاملة وواضحة له .

وربما تتمثل الفائدة المرجوة من ورائها في أمور ثلاثة . أحدها تركيز النقاش حول لب القضية ، وتنحية العوامل والمؤثرات غير الفاعلة عنها ، بما قد يعين على تقريب وجهات النظر المتصارعة بشأنها . والثاني لفت النظر إلى ما وصلت إليه حركة الفقه الاسلامي المعاصر من تخط لعقبة القياس على القوالب الجاهزة في معالجة القضايا المعاصرة ، وولوج باب الاجتهاد بمعناه الحر الأصيل . والثالث توجيه النظر إلى المشاكل العملية في التأمين ، والدعوة إلى إيجاد الحلول المناسبة لها ، من خلال وظيفة الدولة في الرقابة على عمليات التأمين ، ودور الفقه في تقييم ممارسات شركات التأمين وكشف ما قد يكون فيها من انحراف ، ودور القضاء في التصدي لهذا الانحراف .

ولعلنا نقترح في النهاية أن تضم أجهزة الرقابة على مؤسسات التأمين نخبة من الشرعيين والقانونيين إلى جانب المتخصصين في الدراسات الرياضية والاحصائية ، وأن تركز هذه الأجهزة على المهام الحيوية التالية :

١ - بحث صور التأمين التي تبتدعها شركات التأمين ، من حيث مدى ملائمة محل التأمين في كل منها لقيم المجتمع الاسلامي .

٢ - مراجعة التعريفات التي تقدمها شركات التأمين في ضوء المعايير المسلمة في رياضيات التأمين والاحصاءات المتعلقة به ·

٣ - صياغة وثائق نموذجية متوازنة ، لصور التأمين المختلفة ، والزام شركات التأمين بعدم الخروج عليها مالم يكن الخروج لصالح المستأمنين ·

المرأة ومنصب القضاء في الفقه الإسلامي

بقلم
أ .د . محمود أبو ليل *

---

* أستاذ بقسم الشريعة الاسلامية بالكلية له العديد من البحوث والمؤلفات في الفقه والسياسة الشرعية .

تعتبر المرأة نصف المجتمع ، وشقيقة الرجل ، وشريكته في حمل أعباء الحياة ، وقد عني الاسلام بها عناية خاصة ، وشملها في توجيهاته وتلقيناته برعاية حانية ، ووفاها حقوقها كاملة ، وأوصى بها أما وبنتا وزوجة ، وسوى بينها وبين الرجل في معظم شئون الحياة باعتبارهما نوعا انسانيا واحدا ، فقد سوى بينهما في استحقاق التكريم الالهي للانسان باستخلافه في الأرض ، وتخصيصه بشرف الالتزام والتكليف ، وتفضيله على كثير من خلقه بما وهبه من طاقات مبدعة ، وقدرات متنوعة .

وسوى بينهما كذلك في شئون العقيدة ، وفرائض العبادات ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وفي المسؤولية والجزاء ، وفي التصرفات المدنية والاقتصادية والشخصية .

وقد قرن الله المرأة مع الرجل في كثير من الآيات القرآنية :

فقال تعالى : " ياأيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى ، وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ، ان أكرمكم عند الله أتقاكم ، ان الله عليم خبير " (١).

وقال سبحانه وتعالى : " من عمل صالحا من ذكر أو أنثى ، وهو مؤمن ، فلنحيينه حياة طيبة ، ولنجزينهم أجرهم بأحسن ماكانوا يعملون ". (٢)

وقال أيضا : " إن الذين فتنوا المؤمنين والمؤمنات ثم لم يتوبوا فلهم عذاب جنهم ولهم

---

(١) سورة الحجرات آية (١٣).

(٢) سورة النحل آية (٩٧) .

عذاب الحريق ". (٣)

ولكن الاسلام ، وهو دين العدل والفطرة ، لم يجعل المساواة بين الرجل والمرأة مطلقة وعامة في كل شيء، كأ نهما جنس واحد ، انما سوى بينهما في الأحكام المبنية على الخصائص الانسانية المشتركة ، كما في الأمثلة السابقة ، ولكنه خص كلا بأحكام معينة تتفق وما فطر عليه من خصائص مميزة ، وجبل عليه من طبيعة خاصة تتلاءم ووظيفته الأساسية في هذه الحياة .

فقد اختص الرجل - على سبيل المثال - بالأذان والجمعة والجماعة والامامة الصغرى والكبرى والقوامة والشهادة في الحدود ونحوها من الأحكام .

واختص النساء بأحكام الحيض والحمل والاستحاضة والنفاس والعدد وتحريم الخلوة بغير زوج أو محرم ، وترك الجمعة والجماعة .

وهذا التمييز في بعض الأحكام بين الرجل والمرأة ليس كله محل اتفاق بين العلماء ، فبعضه جرى فيه خلاف ، وتشعبت فيه الآراء ، ومن ذلك منصب القضاء ، هل يشترط فيه الذكورة أم لا ؟ وقد تعرض الفقهاء لهذه المسألة قديما ، ولكن بشكل مقتضب ، وأحببت في هذا البحث أن أبسط الحديث في هذا الموضوع ، وأن استقصي جوانبه ، وأحرر أقوال العلماء فيه ، وصولا الى استكشاف وجه الحق فيه ، لنتبين مدى صلاحية المرأة لهذا المنصب الجليل ، وبخاصة بعد أن طرقت المرأة أبواب الجامعات ، ونهلت من معين العلم والثقافة ، وسنحت لها فرص العمل في كثير من المجالات .

هذا وقد جعلت البحث في مباحث ثلاثة :-

---

(٣) سورة البروج آية (١٠) .

المبحث الأول : أقوال العلماء في تولية المرأة القضاء

المبحث الثاني : أدلة هذه الأقوال ومناقشتها .

المبحث الثالث : الرأي المختار.

المبحث الأول
أقوال العلماء في تولية المرأة القضاء

أولا : مذهب الحنفية :-

نسب بعض القدامى والمحدثين الى الحنفية القول بجواز تولي المرأة القضاء فيما تصح شهادتها فيه ، وهى نسبة تنقصها الدقة والتمحيص ، كما سينجلي لنا :

فجاء في المغنى لابن قدامة : " وقال أبو حنيفة : يجوز أن يكون قاضية في غير الحدود (٤)".

وقال الماوردي في أدب القاضي : " وقال أبو حنيفة يصح قضاؤها فيما تصح فيه شهادتها ، وشهادته عنده تصح فيما سوى الحدود والقصاص "، ثم قال : " وأما أبو حنيفة فانه علل جواز ولايتها بجواز شهادتها " .(٥) فاذا كانت العبارة الأولى تحتمل جواز توليتها القضاء أو نفاذ قضائها فقط دون جواز التولية ، فإن العبارة الثانية عينت أن المقصود هو الأول أي جواز التولية ، وورد مثل ذلك في كتابه " الأحكام السلطانية " اذ قال فيه : "

---

(٤) المغني لابن قدامة ، مطبوع مع الشرح الكبير ١١/ ٣٨٠- دار الكتاب العربي - بيروت ١٤٠٣هـ /١٩٨٣ م .

(٥) أدب القاضي للماوردي ص ٦٢٦ ، تحقيق محي هلال سرحان ، مطبعة الارشاد - بغداد سنة ١٩٧١م.

وقال أبو حنيفة : يجوز أن تقضي المرأة فيما تصح فيه شهادتها " . (٦)

وقال ابن حجر في الفتح :" واتفقوا على اشتراط الذكورة في القاضي الاعند الحنفية واستثنوا الحدود ، وأطلق ابن جرير (٧)" ، وقال في موضع آخر :" وعن أبي حنيفة تلي الحكم فيما تجوز فيه شهادة النساء " (٨).

وجاء مثل ذلك عن بعض المالكية فقال ابن العربي :" وعن أبي حنيفة كما تلي الحكم فيما تجوز فيه شهادة النساء "، (٩) وقال ابن رشد :" وقال أبوحنيفة يجوز ان تكون المرأة قاضيا في الأموال " (١٠) ، علما بأن مذهب الحنفية أن قضاء المرأة نافذ وصحيح في كل ماتجوز فيه شهادتها لا في خصوص الأموال فقط . ونقل ذلك أيضا عن ابن جزيء في كتابه " القوانين الفقهية " (١١) ، وعن الباجي في كتابه " المنتقى " (١٢) ، بل ذكر الباجي ان محمد بن الحسن ، وهو تلميذ أبي حنيفة ، يجيز أن تكون المرأة قاضية على كل حال (١٣) ، ولم أجد ما يؤيد هذا في المراجع الأخرى.

---

(٦) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦٥ ، مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الثالثة ، ١٩٧٣م.

(٧) فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ١٢٩/١٣- دار المعرفة - بيروت .

(٨) المرجع السابق ٩٧/٨ .

(٩) عارضة الأحوذي شرح صحيح الترمذي لابن العربي ٥٤٢/٦ - دار الفكر - الطبعة الثانية سنة ١٣٨٥هـ/ ١٩٦٥ م.

(١٠) بداية المجتهد لابن رشد ٤٦٠/٢- مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الخامسة ، سنة ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م.

(١١) القوانين الفقهية لابن جزيء ص ١٩٥ - دار القلم - بيروت

(١٢) المنتقى شرح الموطألأبي الوليد الباجي ١٨٢/٥ - مطبعة السعادة بمصر - الطبعة الأولى سنة ١٣٣٢هـ

(١٣) المرجع السابق .

وجاء في المحلى لابن حزم :" وجائز أن تلي المرأة الحكم وهو قول أبي حنيفة " (١٤).
وقال الصنعاني في سبل السلام :" وذهب الحنفية الى جواز توليتها الأحكام الا في الحدود" (١٥).

هذه نماذج مما ذكره القدامى عن الحنفية في هذه المسألة ، وأما المحدثون فذهب غير واحد منهم كذلك الى اسناد هذا القول الى الحنفية :

فقد جاء في موسوعة الاجماع في الفقة الاسلامي :" وقالت الحنفية : يجوز ولاية المرأة للقضاء ، واستثنوا القضاء في الحدود " . (١٦)

وجاء في دائرة معارف القرن العشرين : " وقال أبو حنيفة : يصح أن تكون قاضية في كل شيء تقبل فيه شهادة النساء ، أي تقضي في كل شيء الا في الحدود والجراح ". (١٧) علما بأنه ذكر فيها أولا قيام الاتفاق على أن يكون القاضي رجلا ، وهذا خلف.

وقال في تكملة المجموع : " وقال أبوحنيفة : يجوز أن تكون قاضية في غير الحدود ". (١٨) وثبت مثل ذلك عن آخرين غيرهم (١٩) .

---

(١٤) المحلى لابن حزم ٤٢٩/٩- دار الآفاق الجديدة - بيروت .
(١٥) سبل السلام للصنعاني ١٢٣/٤- مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الرابعة ، سنة ١٣٧٩/١٩٦٠م.
(١٦) موسوعة الاجماع في الفقه الاسلامي / سعدي جيب ٨٥٢/٢.
(١٧) دائرة معارف القرن العشرين / محمد فريد وجدى ٨٤٥/٧.
(١٨) تكملة المجموع / محمد نجيب المطيعي ١١٦/١٩ - المكتبة العالمية .
(١٩) انظر على سبيل المثال : عبقرية الاسلام في أصول الحكم / د./ منير العجلاني ص٣٥٣، دار النفائس ، وانظر : نظم الحكم والإدارة للمستشار على على منصور ص ٣٨٧-دار الفتح للطباعة والنشر - بيروت ، الطبعة الثانية ١٣٩١هـ /١٩٧١م.

هذا ماورد عن غير الحنفية ، أما الحنفية أنفسهم ، فقد أغفل بعضهم شرط الذكورة عند الحديث على شروط القاضي ، فالسرخسي مثلا ذكر في المبسوط صفات القاضي ، وعد منها : العدالة والأمانة والعلم والاسلام ..الخ . (٢٠) ولم يشر الى شرط الذكورة ، مما يدل على أنه ليس بشرط عنده ، وكذلك ورد فى حاشية ابن عابدين مانصه :" وحاصله أن شروط الشهادة من الاسلام والعقل والبلوغ والحرية وعدم العمى والحد في قذف شروط لصحة توليته ، ولصحة حكمه بعدها ".(٢١)

ومنهم من نص بصريح العبارة على جواز تولية المرأة القضاء فيما تصح فيه شهادتها ، من ذلك ماجاء في كتاب " روضة القضاء للسمناني : " فقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز أن يلين القضاء فيما يجوز أن تقبل شهادتهن فيه وحدهن أو مع الرجال ، ولايجوز في الحدود والقصاص ، لأن شهادتهن لاتقبل في ذلك " . (٢٢)

وقال الطرابلسي في معين الحكام : " وكل من تقبل شهادته في أمر جاز أن يكون حكما فيه ، والمرأة تصلح حكما "، وقال : " وكل من صلح شاهدا صلح قاضيا " . (٢٣)

وجاء في بدائع الصنائع للكاساني :" وأما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد

---

(٢٠) المبسوط للسرخسي ١٠٨/١٦ ومابعدها .

(٢١) حاشية ابن عابدين ٣٥٤/٥ - مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الثانية ، سنة ١٣٩٨٦هـ/ ١٩٦٦م.

(٢٢) روضه القضاة وطريق النجاة لأبي القاسم السمناني ٥٣- تحقيق الدكتور / صلاح الدين الناهي - مؤسسة الرسالة - بيروت ودار الفرقان - عمان بالأردن - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٤ م.

(٢٣) معين الحكام للطرابلسي ، مطبوع مع لسان الحكام لابن الشحنة ، ص ٢٥، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر ، الطبعة الثالثة ، ١٣٩٣هـ /١٩٧٣م.

في الجملة ، لأن المرأة من أهل الشهادة في الجملة ، الا أنها لاتقضي بالحدودوالقصـــاص؛ لأنه لاشهادة لها في ذلك ، وأهلية القضاء تدور على أهلية الشهادة ". (٢٤)

واذا انتقلنا الى المتون المشهورة عند الحنفية نجد كذلك أنها نصت على صحة قضاء المرأة فيما تشهد فيه ، وبعضها أشار الى صحة التولية أيضا :

ففي متن القدوري : " ولاتصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة " ، (٢٥) وجاء فيه كذلك : " ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص " . (٢٦)

وجاء في متن الكنز : " وتقضي المرأة في غير حد وقود ". (٢٧)

وورد في تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار :" وأهله أهل الشهادة وشرط أهليتها شرط أهليته فان كلا منهما من باب الولاية " . (٢٨)

ويفهم المرء من هذه النقول بادي الرأي أن مذهب الحنفية يبيح تولية المرأة القضاء من غير نكير ، وان كان بعضها لايدل على ذلك بالضرورة من حيث اقتصارها على الاشارة الى صحة قضاء المرأة فيما تشهد فيه ، وهذا لايستلزم صحة التولية ؛ لأن القضاء فعل القاضي ، والتولية فعل المولي ، وصحة أحدهما لايدل على صحة الآخر ، اذ يمكن أن تكون التولية غير جائزة ، والقضاء جائز ونافذ . (٢٩)

---

(٢٤) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٧- دار الكتاب العربي - بيروت .

(٢٥) متن القدوري ص ١٠٩ - مطبعة مصطفى الحلبي بمصر، الطبعة الثالثة ، سنة ١٣٧٧هـ /١٩٥٧ م.

(٢٦) المرجع السابق ص ١١٠

(٢٧) كنز الدقائق مطبوع مع البحر الرائق ٥/٧- الطبعة الأولى - المطبعة العلمية .

(٢٨) تنوير الأبصار مع شرح الدر المختار وحاشية الطحطاوي ١٧٤/٣- دار المعرفة - بيروت .

(٢٩) انظر : نظام القضاء في الإسلام للمستشار جمال المرصفاوي ،ص ٢٦ ، من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الاسلامي الذي عقدته جامعة الامام محمد بن سعود بالرياض سنة ١٣٩٦هـ طبع سنة ١٤٠١هـ/١٩٨١ ضمن عدة أبحاث.

ولكن هناك في الواقع عبارات وردت عن بعض الحنفية فضلا عن غيرهم - مما ذكرناه ولم نذكره - تفيد بوضوح صحة تولية المرأة القضاء ، كما في روضة القضاة للسمناني ، ومعين الحكام للطرابسي وبدائع الصنائع للكاساني ،والبحر الرائق لابن نجيم ، (٣٠) وكما في المحلى وسبل السلام وغيرهما ، والمتبادر من هذه الصحة أو الجواز الحل والمشروعية .

بيد أنه عند التحقيق نجد أن مذهب الحنفية في هذه المسألة تحريم تولية المرأة القضاء، ولكن ان وليت مع الاثم ، ثم قضت ، فقضاؤها فيما تشهد فيه صحيح ونافذ ، ونجد هذا جليا في كثير من المصادر الحنفية :

ففي مجمع الأنهر : " ويجوز قضاء المرأة في جميع الحقوق لكونها من أهل الشهادة لكن أثم المولي لها ..."(٣١).

وفي تنوير الأبصار للغزى : " والمرأة تقضي في غير حد وقود وان أثم المولى لها .. "(٣٢).

وقال ابن الهمام ، وهو يرد على القول ببطلان قضاء المرأة لو وليت : " ... والجواب أن ماذكر غاية مايفي منع أن تستقضى وعدم حله ، والكلام فيما لو وليت وأثم المقلد بذلك أو حكمها خصمان ..." . (٣٣)

وقال ابن نجيم معلقاعلى عبارة الكنز :" وتقضي المرأة في غير حد وقود ". : " أهل للشهادة في غيرهما ، فكانت أهلا للقضاء لكن يأثم المولي لها للحديث :" لن يفلح قوم ولوا

---

(٣٠) انظر : البحر الرائق لابن نجيم ٢٨٣/٦- الطبعة الأولى ، المطبعة العلمية.

(٣١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر / لعبد الرحمن أفندي المدعو : شيخي زاده ١٦٨/٢- المطبعة العثمانية ، سنة ١٣٢٧هـ ، وانظر : درر المنتقى في شرح الملتقى للحصكفي -، وهو مطبوع مع مجمع الأنهر.

(٣٢) تنوير الأبصار للغزى مع حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٤٠.

(٣٣) فتح القدير لابن الهمام ٢٩٨/٧- مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الأولى ١٣٨٩/ ١٩٧٠م

أمرهم امرأة "، (٣٤) ثم يقول بعد ذلك :" وأما سلطنتها فصحيحة ، وقد ولى مصر امرأة تسمى شجرة الدر " (٣٥) ، وان هذا لشيء عجاب ، فإذا كان يحرم استقضاء المرأة فكيف تصح سلطنتها ، والسلطان نائب الخليفة في الحكم ، وهو مسئول عن القضاء والولاة والجند وسائر المرافق في المجتمع ؟!

وقال في الأشباه والنظائر : " ولاينبغي أن تولى القضاء وان صح منها في غير الحدود والقصاص " . (٣٦)

وجاء في الاختيار : " ويجوز قضاء المرأة فيما تقبل شهادتها فيه الا أنه يكره لما فيه من محادثة الرجال ، ومبنى أمرهن على الستر ، وذلك خلافا لزفر " (٣٧) ، وتحمل الكراهة هنا على الكراهة التحريمية الموقعة في الاثم .

ونقل الألوسي في تفسيره عن أبي حيان أن مذهب أبي حنيفة أن المرأة تقضي فيما تشهد فيه لا على الاطلاق ، ولا أن يكتب لها منشور بأن فلانة مقدمة على الحكم ، وانما على سبيل التحكيم . (٣٨)

---

(٣٤) البحر الرائق لابن نجيم ٧/٥-٦ ، الطبعة الأولى ، المطبعة العلمية ، وسيأتي تخريج الحديث في هامش (١٥٧) ومابعده .

(٣٥) المرجع السابق

(٣٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٢٤ - تحقيق عبد العزيز الوكيل ،مؤسسة الحلبي- القاهرة سنة ١٣٨٧هـ- ١٩٦٨م.

(٣٧) الاختيار لتعليل المختار / عبد الله الموصلي ١٣٢/٢، تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد ، مكتبة صبيح بمصر ، الطبعة الرابعة ، ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦ م.

(٣٨) تفسير الألوسي ١٨٩/١٩-١٩٠- دار احياء التراث العربي - بيروت .

فهذه العبارات تدل على أن الحنفية لايبيحون تولية المرأة القضاء ولكن ان حصلت التولية مع الاثم انعقدت ولايتها وصح قضاؤها فيما تصح فيه شهادتها .

وهذا مايدل عليه الواقع التاريخي ؛ فإن مذهب الحنفية كان هو السائد في الدولة العباسية والعثمانية وغيرها ولعصور متعاقبة ، ولم يحصل أن وليت امرأة القضاء ، وكذلك فان صوت المرأة عند بعض الحنفية عورة ، (٣٩) فيبعد أن يجيزوا لها تولي القضاء مع مافيه من استنطاق الشهود ومحاورة الخصوم ومناقشة المحامين .

وإزاء ذلك ، فالوجه أن نحمل ماجاء عن بعض الحنفية من اطلاق القول بصحة تولية المرأةالقضاء أو بجواز تقليدها هذا المنصب على أنه لايقصد بالصحة أو الجواز الاباحة التي يخير الانسان فيها بين الفعل والترك ؛ لأنهم صرحوا في غير موضع بالتأثيم ، انما يقصد به صحة انعقاد الولاية رغم الاثم ، اذ صحة القضاء ونفاذه فرع عن صحة التولية وانعقادها ، وذلك على اعتبار أن الذكورة في الولايات ليست عندهم من شروط الانعقاد ؛ لأن المرأة أهل للتكليف والولاية في الجملة ، وان ورد النهي عن تولية النساء . وهذا هو مذهب جمهور الحنفية ماعدا زفر ومحمد بن الحسن ، فقد نقل عن الأول أنه يرى أن الذكورة شرط جواز وصحة ، فلا تنعقد ولاية المرأة ولاينفذ قضاؤها ، ونسب للثاني القول بجواز قضاء المرأة مطلقا . (٤٠)

والمسألة تعود الى أن النهي عن الشيء هل يقتضي الصحة أو البطلان ؟

---

(٣٩) فتح القدير للكمال ١٨١/١ طبعة بولاق ، حاشية ابن عابدين ٤٠٥/١-٤٠٦ ط الحلبي

(٤٠) الاختيار لعليل المختار - عبد الله الموصلي ١٣٢/٢- مكتبة صبيح بمصر سنة ١٣٨٦هـ وانظر ، نظام القضاء في الاسلام / المستشار جمال المرصفاوي ص ٢٤، المنتقى للباجي ١٨٢/٥- مطبعة السعادة بمصر - الطبعة الأولى

ومذهب الحنفية في هذا أن النهي عن الشرعيات (٤١) ان كان لذاته ، كخلل في أركانه أو في محله ، أو شروطه ، يقتضي البطلان ،أي عدم السببية للحكم المطلوب ، ولايترتب عليه أي أثر ، وذلك كالصلاة بدون وضوء (وهو شرط) ، وبيع الميتة ، لعدم المالية ، (وهى ركن) . لأن الشيء لايوجد بدون أركانه ومقوماته .

وأما ان كان النهي لالذاته ، بل لوصف لازم يه ، كان التصرف صحيحا بأصله فاسدا بوصفه : كالصوم في الأيام المنهي عنها ، لما يلزم من الاعراض عن ضيافة الله ، وكبيع الربا ، اذ الزيادة فيه كالوصف اللازم للمزيد عليه . وذهبوا في هذا الى أن الأصل تنزيل الألفاظ الشرعية على عرفها الشرعي ، وعرف الشرع في ذلك انما هو الفعل المعتبر في حكمه شرعا ، وفي هذه الحالة يفيد التصرف حكمه مع الاثم ، وحينئذ يطالب المرء بازالة سبب النهي - ان كان متعلقا بعقد -أو يفسخ العقد ان كان قابلا له .

وأما الشافعية وغيرهم فيقع العقد عندهم باطلا ، أى لايترتب عليه حكم ، سواء أكان النهي لذاته أم لوصفه ؛ لأنه لاتوجد الحقيقة الشرعية مع النهي ، ولاتجتمع الصحة مع القبح .

واتفق الحنفية والشافعية على أن النهي ان كان لأمر مجاور ، وهو المنفك ، صح التصرف ، فعلا أو قولا ، مع وجود الاثم : كالصلاة في الأرض المغصوبة ، والطلاق في الحيض ، والبيع وقت النداء ، لأن المنهي عنه في الحقيقة هو ذلك الوصف المجاور فحسب ، وغاية مايقتضية حصول الاثم .

---

(٤١) يقصد بالشرعيات مايتوقف معرفته على الشرع ؛ لأنه زيد في حقيقته وأركانه أشياء كانت غير معتبرة لغة ، وذلك مثل : الصلاة والحج والبيع .

وأما في الحسيات (٤٢) ، فالنهي يقتضي البطلان اتفاقًا ، اذا كان مطلقا ، أو تعلق بذات المنهي عنه : كالغصب ، فلا يفيد الملكية، أو كان لوصف لازم له : كالزنى ، فلا يثبت به النسب ، لا اذا كان لوصف مجاور : كالنهي عن الوطء حالة الحيض ، فان قوله تعالى : " ويسألونك عن المحيض (٤٣) .. " دل على أن النهي عن القربان للمجاور ، وهو الأذى ، فان وطئها حائضا، وجب لها كمال المهر ، وحلت للزوج الأول ، وثبت النسب ان حصل حمل ... (٤٤)

والقضاء داخل في الشرعيات ؛ لأنه لاتعرف حقيقته وشروطه الا من الشرع ، والنهي عنه- على فرض ثبوته - لالذاته ، لأنه مطلب شرعي ، وإقامته فرض كفاية . وانما لوصف لازم ، وهو ضعف المرأة ونقصها عن الرجل بشكل عام ، وغلبة العاطفة عليها ، فضلا عما يعتورها من الأعراض النسوية : كالحمل والحيض والنفاس ، مما يرهق أعصابها ، ويضعف من طاقاتها - كما سنبينه .

---

(٤٢) يقصد بالحسيات ماله وجود حسي من غير توقف على الشرع ، وعلامته صحة الاطلاق اللغوي عليه على أنه حقيقة ، كالزنا وشرب الخمر وغيرهما مما تستوي فيه الحقيقة اللغوية والشرعية .

(٤٣) سورة البقرة آية (٢٢٢).

(٤٤) انظر : حاشية سلم الوصول لمحمد بخيت - شرح نهاية السول للأسنوي ٢٩٦/٢- ومابعدها - عالم الكتب - بيروت سنة ١٩٨٢ م، الاحكام في أصول الأحكام للآمدي ٢٧٥/٢ ومابعدها - مكتبة المعارف - الرياض ، طباعة دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م ، شرح المنار لابن الملك على متن المنار في أصول الفقه للنسفي ومعه حواشي الرهوى وعزمي زاده وابن الحلبي ، ص ٢٥٨- المطبعة العثمانية سنة ١٣١٥ هـ ، أصول الفقة الاسلامي / د. بدران أبو العينين ص ٣٦٨- ٣٦٩- مؤسسة الجامعة - الاسكندرية ، مذكرات نظام القضاء في الاسلام / د. ابراهيم عبد الحميد ص ٢٧-٢٨.

وانظر تفصيل آراء العلماء وأدلتهم في هذه المسألة في كتاب : تحقيق المراد في أن النهى يقتضي الفساد للحافظ العلائي - دراسة وتحقيق د. ابراهيم سلقيني - دار الفكر سنة ١٤٠٢ هـ /١٩٨٢م.

وتأسيسا على هذا ، اذا وليت المرأة صحت التولية عند الحنفية مع اثم المولى ، ويترتب علي ذلك صحة مايصدر عنها من أحكام ان أصابت الحق في اطار ماتجوز فيه شهادتها ، أي في غير الحدود والقصاص . وهذا يشبه ماذهب اليه المالكية من أن شرط سلامة الحواس في القاضي من السمع والبصر والنطق ليس مشترطا في صحة ولاية القضاء ، الا أن عدمها يوجب الفسخ ، وينفذ ما مضى من أحكامه (٤٥) . غير أن الحنفية لم يصرحوا بوجوب عزل المرأة ان وليت ، كما تقتضيه أصولهم ، ولكن قولهم بالتأثيم قد يوحى بذلك ، أو انهم اعتبروا النهي لوصف مجاور ، هو خلاف الواقع .

ثانيا : مذهب المالكية :

ذكرت أكثر كتب المالكية أن المذهب على اشتراط الذكورة في القاضي مطلقا ، ولم تحك خلافا فيه :فجاء في متن خليل : " أهل القضاء عدل ذكر فطن مجتهد ... الخ ". (٤٦)

---

(٤٥) انظر : مواهب الجليل للحطاب وبهامشه التاج والاكليل للمواق ٩٩/٦ - الطبعة الثانية سنة ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م.

هذا وقد قسم المالكية صفات القاضي المطلوبة ثلاثة أقسام :

الأول : شرط في صحة التولية ، وعدمه يوجب الفسخ ، وهى / العدالة والذكورة والفطانة والاجتهاد والحرية والاسلام والعقل والبلوغ .

الثاني : مايقتضي عدمه الفسخ وان لم يكن شرطا في صحة الولاية ، وهى السمع والبصر والكلام .

الثالث : مستحب ، وهى كونه ورعا غنيا عفيفا نزها نسيبا ...الخ

انظر : جواهر الاكليل لصالح الأزهري ٢٢٢/٢ - دار المعرفة - بيروت ، مواهب الجليل للحطاب وبهامشه التاج والإكليل للمواق ٨٧/٦ ، الطبعة الثانية .

(٤٦) متن خليل مع شرح جواهرالاكليل للشيخ صالح عبد السميع الآبى الأزهري ٢٢١/٢ - دار المعرفة - بيروت .

وورد في شرح جواهر الاكليل ": ... فلا تصح تولية امرأة لحديث البخاري :" لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " . (٤٧)

وفي حاشية الدسوقي :"... فلا يصح توليتها للقضاء ولا ينفذ حكمهما " . (٤٨) والضمير للأنثى والخنثى .

وجاء في كفاية الطالب الرباني :" وله شروط صحة لاينعقد الا بها وهى : الاسلام والعقل والحرية والذكورية والبلوغ والعدالة ... " . (٤٩)

وورد مثل ذلك في القوانين الفقهية لابن جزيء ، (٥٠) والمنتقى للباجي ، (٥١) وبداية المجتهد لابن رشد (٥٢) .

ولكن جاء في المواهب مايفيد أن ابن القاسم يجوز ولاية المرأة للقضاء اما مطلقا أو فيما تصح فيه شهادتها ، فقال فيها : " قال في التوضيح :" وروى ابن أبى مريم عن ابن القاسم جواز ولاية المرأة ، قال ابن عرفة : " قال ابن زرقون : أظنه فيما تجوز فيه شهادتها " قال ابن عبد السلام : " لاحاجة لهذا التأويل لاحتمال أن يكون ابن القاسم قال كقول الحسن

---

(٤٧) المرجع السابق

(٤٨) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٢٩/٤ - مطبعة عيسى الحلبي .

(٤٩) كفاية الطالب الرباني لعلى أبي الحسن المالكي ٩٦٩/٢ ، مطبوع مع حاشية العدوى: مطبعة مصطفي الحلبي سنة ١٣٥٧ هـ / ١٩٣٨ م .

(٥٠) القوانين الفقهية لابن جزيء ص ١٩٥ - دار القلم - بيروت .

(٥١) المنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد الباجي ٥/ ١٨٢- مطبعة السعادة بمصر -الطبعة الأولى سنة ١٣٣٢ هـ.

(٥٢) بداية المجتهد لابن رشد ٤٦٠/٢ ط مصطفى الحلبي - مصر ، الطبعة الرابعة سنة ١٣٩٥هـ / ١٩٧٥م .

والطبري باجازة ولايتها القضاء مطلقا " ثم قال : " والاظهر قول ابن زرقون ، لأن ابن عبد السلام قال في الرد على من شذ من المتكلمين وقال :" الفسق لاينافي القضاء" مانصه :" وهذا ضعيف جدا ؛ لأن العدالة شرط في قبول الشهادة ، والقضاء أعظم حرمة منها " قلت : فجعل ماهو مناف للشهادة مناف (٥٣) للقضاء ، فكما أن النكاح والطلاق والعتق والحدود لاتقبل فيها شهادتها فكذلك لايصح فيها قضاؤها ". (٥٤)

وكذلك جاء في عارضة الأحوذي أن ذلك - أي جواز تولي المرأة القضاء مطلقا - رواية عن مالك ، (٥٥) ولعله اشارة الى مذهب ابن القاسم ، علما بأن ابن العربي لما بسط الحديث عن هذه المسألة في تفسيره لقوله تعالى :" اني وجدت امراة تملكهم ...." الآية (٥٦) لم يشر الى هذا القول ، مع العلم أنه ذكر رأي الحنفية والطبري ، واحتمل أن يكون مقصدهما جواز تحكيم المرأة في القضية الواحدة لاتقليدها وظيفة القضاء (٥٧) .

وأما عند غير المالكية فلم أجد من أشار الى هذا الرأي من القدامى سوى ابن حجر حيث ذكر في الفتح مثل مقولة ابن العربي من أن اجازة ولاية المرأة للقضاء مطلقا رواية عن

---

(٥٣) هكذا وردت في النص ، والصحيح أنها " منافيا ".

(٥٤) مواهب الجليل للحطاب مطبوع مع التاج والاكليل للمواق ٨٨/٦- ٨٩ الطبعة الثانية ، سنة ١٣٩٨ هـ /١٩٧٨م.

(٥٥) عارضة الأحوذى شرح صحيح الترمذي - لابن العربي المالكي ٥٤٢/٦- دار الفكو - سنة ١٣٨٥هـ / ١٩٦٥ م - حديث رقم ٢٣٦٥.

(٥٦) سورة النمل - آية (٢٣).

(٥٧) انظر : أحكام القرآن لابن العربي المالكي ٤٨٢/٣ - دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م .

مالك . وجاء في موضع آخر منه نقلا عن ابن التين أنه رواية عن بعض المالكية (٥٨) .

هذا وقد ناقش بعضهم هذا القول المنسوب لابن القاسم من ناحية صحة هذه الرواية ومن ناحية موضوعها :

أما من حيث الرواية فقد استبعد صحتها عن ابن القاسم؛ لأن هناك انقطاعا بين ابن ابى مريم وابن القاسم ، فقد توفي الأول في منتصف القرن الحادي عشر الهجري ، وتوفي الثاني في آخر القرن الثاني عشر الهجرى (٥٩) ، كما أنها تخالف رواية سحنون المعروفة في المدونة ، ولم يتعرض لها سوى الحطاب من علماء المذهب .

وأما من الناحية الموضوعية ، ففيها خرق لاجماع من سبق ابن القاسم من العلماء ، ومخالفة لما اعتمدوا عليه من الأدلة، وفيها كذلك خروج على قاعدة من قواعد المذهب ، وهى قاعدة" سد الذرائع" ، وفى تولي المرأة القضاء ذريعة لخروجها واختلاطها بالرجال (٦٠).

ويمكن الاجابة عن الملاحظة الأولى بأن الحطاب عالم ثقة ، وقد نقل هذا القول عن ثقة هو ابن أبي مريم ، واطلع عليه ابن عرفة وابن زرقون وابن عبد السلام ، كما يظهر من عبارة المواهب السابقة ، ولم يعترض عليه أحد منهم ولا من غيرهم من المالكية فيما نعلم ،وأشار اليه كذلك ابن العربي وهو من كبار المالكية ، كما أشار اليه ابن حجر ، وهو قمة في

---

(٥٨) فتح البارى لابن حجر العسلاني ٩٧/٨ ، ٤٧/١٣- دار المعرفة - بيروت

(٥٩) انظر : ترتيب المدارك للقاضي عياض ٤٤٦/١- دار مكتبة الحياة - بيروت ، الشجرة الزكية في طبقات المالكية ٢٩١/١ .

(٦٠) انظر : مذكرات في علم القضاء للشيخ عبد العال عطوة ص ١٤- ١٥ ، نقلا عن القاضي والبينة / عبد الحسب عبد السلام ص ٢٣٤ - مكتبة المعلا - الكويت ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧.

التحقيق والتثبت ، لذا فاننا نحسن الظن بالعلماء ونثق في نقلهم ، علما بأن عادتهم جرت بنقل الأقوال الفقهية من غير اسناد ، اعتمادا على وجودها في الكتب المعتمدة ، وابن أبي مريم لم يدع النقل المباشر عن ابن القاسم حتى يشك فيه . والمنطق يقضي بقبول رواية كتب المذهب عن رجاله ، والا لبطل كثير من الفقه المنقول أو كاد ، وقد دأب العلماء على قبول الكتب المتداولة ؛ لأن الدس فيها بعيد ، وأجازوا لكل من نظر في الكتب المصنفة المشهورة عند الناس ، وفهم شيئا منها ، وكان حاذقا في ذلك - أن يقول : قال فلان كذا ، أو مذهبه كذا ، من غير اسناد ؛ لأنها مستفيضة ، بمنزلة المتواتر أو المشهور (٦١).

وأما ما ورد بشأن الناحية الموضوعية فان مخالفة القول للاجماع والأدلة - ان صحت- فأمر يتعلق ببحث الأدلة ومناقشتها ، ولاينال من نسبة القول الى صاحبه ، وبالنسبة لتعارضه وقاعدة سد الذرائع فقد يقال : ان هذا غير مسلم من قبل ان ذرائع الفساد المعتبرة هى تلك التى يكون جانب الفساد فيها راجحا ، وليس منه مانحن فيه ؛ لما في قضاء المرأة من مصلحة قد تربو على مفسدة الاختلاط ، كالنظر الى وجه المرأة في حالات الشهادة والمعاملة والمعالجة ونحوها (٦٢) . ولكن يمكن أن يرد على هذا بأن النظر قد أبيح في هذه

---

(٦١) انظر : أصول السرخسي ٣٧٨/١- ٣٧٩ - تحقيق أبي الوفا الأفغاني - دار المعرفة بيروت ١٩٧٣/ ١٣٩٣، فتح القدير لابن الهمام ٤٥٦/٥-٤٥٧ ، تصوير عن طبعة بولاق .
وانظر : مذكرات نظام القضاء في الاسلام /د. ابراهيم عبد الحميد ص ٢٤ - ٢٥ .

(٦٢) المرجع السابق ، وقد قسم ابن القيم الذرائع أربعة أقسام ١- مايفضى الى المفسدة وضعا ، كالمسكر ونحوه ، وهو محرم أو مكروه ، بحسب درجته في الفساد ٢- مباح قصد به التوسل الى المفسده كعقد البيع بقصد الربا ، واختار فيه المنع ٣- مباح لم يقصد به التوسل الى المفسدة ، لكنه يفضي اليها غالبا ، وجانب المفسدة فيه أرجع : كسب أرباب المشركين بين ظهورهم ومختاره المنع كذلك ٤- مباح قد يفضي الى المفسدة ولكن جانب المصلحة أرجع : كالنظر الى المخطوبة ، والمشهود عليها ونحوها، وهو مشروع بحسب درجته في المصلحة - اعلام الموقعين ١٤٨/٣ - دار الفكر .

الحالات استثناء لمكان الضرورة ، ولاضرورة في استقضاء المرأة مع وجود الأكفياء من الرجال ، والنزاع محمول على حالة الاختيار لا الاضطرار. وأياما كان الأمر فهذا لاشأن له بالحكم على صحة النقل أو عدمه .

ولايسعنا والحالة هذه ، أن ننفي مانسب لابن القاسم جملة وتفصيلا ، ولكن بما أن الغالبية العظمى من كتب المالكية لم تشر الى هذا الرأي ، فاننا نرجح أن يكون حقيقة مذهب ابن القاسم في هذه المسألة أحد أمرين :.

اما أن يقصد صحة قضاء اللمرأة مطلقا أو فيما تشهد فيه اذا حُكّمت في قضية معينة .

واما أن يكون المقصود أن المرأة اذا وليت مع اثم المولى ثم حكمت فان حكمها نافذ وصحيح كما هو الشأن عند الحنفية ، وبخاصة أن المالكية جعلوا من شروط القاضي مالايمنع من صحة الولاية ولكن يوجب العزل - كما مر .

والذي يحملنا على ذلك كذلك ، أن مذهب المالكية لايجيز للمرأة أن تؤم النساء في الصلاة (٦٣) ، فضلا عن الرجال ، مبالغة في تصونها ،فكيف يباح لها ولاية القضاء ؟ ، وكذلك لايجيز المالكية للمرأة أن تلي عقد النكاح لا لنفسها ولا لغيرها (٦٤) ، والقاضي يكون ولي من لا ولي له .

ثالثا : مذهب الشافعية والحنابلة :

ذهب الشافعية والحنابلة الى اشتراط الذكورة في القاضي ، وأن قضاء المرأة باطل

---

(٦٣) قال القرطبى:" قال علماؤنا : لاتصح امامتها للرجال ولا للنساء "- الجامع لأحكام القرآن / للقرطبي - ٣٥٦/١- دار القلم ، الطبعة الثالثة ١٣٨٦/ ١٩٦٦.

(٦٤) الشرح الصغير للدردير ٣٦٩/٢ - دار المعارف بمصر ١٣٩٢ هـ.

مطلقا ، أي أن الذكورة عندهم شرط صحة وجواز ، ولم يرو عنهم في ذلك خلاف .

فمما ورد عند الشافعية في ذلك ماجاء فى أدب القضا من أن شرائط القضاء عشرة، وعد منها الذكورة ، ثم قال : " فهؤلاء ليسوا من أهل القضاء ، وان ولوا لم تنعقد ولايتهم ولا أحكامهم ". (٦٥)

وجاء في منهاج الطالبين للنووي :" وشروط القاضي مسلم مكلف حر ذكر ... ". (٦٦) وقال الرملي في شرحه : " فلا تولى امرأة لنقصها ولاحتياج القاضي الى مخالطة الرجال " . (٦٧)

وقال الشيرازي :" ولايجوز أن يكون(أي القاضي) امرأة لقوله صلى الله عليه وسلم : " ما أفلح قوم أسندوا أمرهم الى امرأة " . (٦٨)ونقل مثل ذلك عن فتح المعين (٦٩) والأشياه والنظائر (٧٠) ، ومتن أبي شجاع (٧١) ، وغيرها (٧٢).

---

(٦٥) أدب القضاء ، وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات / ابن أبي الدم الحموي ص ٧٠ ، تحقيق د. محمد مصطفى الزحيلي – دار الفكر ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢م.

(٦٦) منهاج الطالبين للنووي ، مطبوع مع شرح السيوطي وحاشيتي قليوبي وعميرة ٢٩٦/٤- مطبعة عيسى الحلبي بمصر .

(٦٧) نهاية المحتاج لرملي ٢٣٨/٨ – مطبعة مصطفى الحلبي بمصر سنة ١٩٦٧/١٣٨٦ م.

(٦٨) المهذب للشيرازي مطبوع مع المجموع وتكملاته ١١٤/١٩- المكتبة العالمية .

(٦٩) فتح المعين للمليبارى مطبوع مع اعانة الطالبين للبكري ٢١١/٤ – مطبعة عيسى الحلبي بمصر

(٧٠) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٦١ – مطبعة عيسى الحلبي .

(٧١) متن أبي شجاع مع شرح الاقناع وحاشية البجيرمي ٣١٨/٤ – دار المعرفة – بيروت سنة ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨ م .

(٧٢) انظر : الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦٥ – مطبعة مصطفى الحلبي – الطبعة الثالثة – وانظر : أدب القاضي للماوردي أيضا ص ٦٢٥ – مطبعة الارشاد – بغداد.

وذكر الماوردي الشافعي أنه كما لايصح أن تقلد المرأة القضاء لايصح تفويضها تقليد قاض معين ؛ لأنه لما لم يصح أن تكون والية لم يصح أن تكون مولية ، أما أن جعل اليها اختيار قاض من بين عدد من القضاة جاز؛ لأن الاختيار اجتهاد لاتمنع منه الأنوثة كالفتيا . (٧٣)

ومما ورد عند الحنابلة عن شرط الذكورة ما جاء في مختصر الخرقي :" ولايلي قاض حتى يكون بالغا عاقلا مسلما حرا ذكرا عالما ..... " ، وقال ابن قدامة تعليقا عليه : " وجملته أنه يشترط في القاضي ثلاثة شروط : أحدها الكمال ، وهو نوعان : كمال الأحكام وكمال الخلقة ، أما كمال الأحكام فيعتبر في أربعة أشياء : أن يكون بالغا عاقلا حرا ذكرا..." .(٧٤)

وجاء في المقنع : " ويشترط في القاضي عشر صفات : أن يكون بالغا عاقلا ذكرا...".(٧٥) وجاء مثل ذلك في نيل المآرب (٧٦) ، ومتن الاقناع (٧٧) ، وغيرها من كتب المذهب .

---

(٧٣) انظر : أدب القاضي للماوردي ص٦٢٨ ، القضاء في الشريعة الاسلامية / د. فاروق عبد العليم عيسى ص١٥٥ - عالم المعرفة للنشر والتوزيع - جدة - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥/ ١٩٨٣م

(٧٤) المغني لابن قدامة شرح مختصر الخرقي مطبوع مع الشرح الكبير ٣٨٠/١١ - در الكتاب العربي- بيروت سنة ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م.

(٧٥) المقنع في فقه الامام أحمد لابن قدامة - مطبوع مع حاشية سليمان عبد الله ٦٠٩/٣ - مكتبة الرياض الحديثة ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م.

(٧٦) نيل المآرب بشرح دليل الطالب / عبد القادر بن عمر الشيباني ٤٤٧/٢- تحقيق د. محمد سليمان الأشقر - مكتبة الفلاح ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م.

(٧٧) متن الاقناع ومعه كشاف القناع للبهوتي ٩٤/٦- عالم الكتب - بيروت سنة ١٤٣هـ / ١٩٨٣م.

رابعا : مذهب الخوارج :

يرى الخوارج جواز تولية المرأة القضاء في كل شيء ، قال في روضة القضاة :" وقال الخوارج : يجوز ذلك في الجميع ". (٧٨)

وهذا مبنى على قولهم بصلاحية المرأة للخلافة ، وقد عينوا امرأة خليفة عليهم في عهد الأمويين هى غزالة زوجة شبيب بن يزيد (٧٩).

خامسا: مذهب الشيعة

ذهب الشيعة، الزيدية والامامية على السواء، الى أن الذكورة شرط في القاضي ، ولاتنعقد الولاية للمرأة ولاتنفذ أحكامها .

قال في شرح الأزهار :" وشروطه ستة :" الأول "الذكورة" فلا يصح من المرأة تولي . القضاء ، هذا مذهبنا ..." (٨٠) وجاء مثل ذلك في البحر الزخار ، والمختصر النافع ، وشرائع الاسلام (٨١)

سادسا: مذهب شريح

جاء في التنوير وشرحه :" ولوقضت في حد وقود ، فرفع الى قاض آخر ، يرى

---

(٧٨) روضة القضاة للسمناني ٥٣/١ - مؤسسة الرسالة - بيروت .

(٧٩) انظر : أعلام النساء / عمر رضا كحالة ٧/٤-٨ مؤسسة الرسالة - بيروت .

(٨٠) شرح الأزهار لأحمد بن يحى المرتضى ٣١٠/٤

(٨١) البحر الزخار لأحمد بن يحى المرتضى ١١٨/٥- دار الحكمة اليمانية - صنعاء سنة ١٤٠٩ هـ/ ١٩٨٨م. المختصر النافع لجعفر الحلي ص٧٩ - الطبعة الثانية - ١٩٥٨ م، القاهرة ، وشرائع الاسلام لجعفر الحلي ص ٢٠٤ - مكتبة الحياة - بيروت ١٩٧٨ م

جوازه فأمضاه ، ليس لغيره ابطاله ، لخلاف شريح " (٨٢) وهذا يوحي بأن شريحا يجيز قضاء المرأة مطلقا ، وفيه نظر؛ لأن ابن عابدين علق على تلك العبارة بقوله :" فان شريحا يجيز شهادة النساء في الحدود والقصاص " مما يشير الى ان خلاف شريح خلاف مفترض ، مفرع على اجازته شهادة المرأة مطلقا ، على طريقة الحنفية في بناء القضاء على الشهادة ، وهذا لايدل بالضرورة على أنه مذهب لشريح ؛ لان لازم المذهب ليس بمذهب على الصحيح ، ثم ان هذا اللازم محل نظر أيضا .

سابعا : مذهب الحسن البصرى

ذكرت بعض المصادر القليلة أنه يجيز ولاية المرأة القضاء (٨٣) ، وان صح ذلك فلعله يرى نفاذ حكمها لو وليت مع الاثم ، لا اباحة التولية .

ثامنا : مذهب الظاهرية

جاء في المحلى :" وجائز أن تلي المرأة الحكم ، وهو قول أبي حنيفة ، وقد روى عن عمر بن الخطاب أنه ولى الشفاء - امرأة من قومه - السوق ..." (٨٤) ، ويبدو من اطلاق النص والاستئناس بتولية الشفاء على أنه يرى جواز ولاية المرأة للقضاء في كل شيء من غير اثم ، ومما يدعو للعجب أنه مع ذلك لايرى أن تكون المرأة ولية في النكاح على نفسها أو على غيرها .

---

(٨٢) تنوير الأبصار بشرح الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٥/٤٤١- ط مصطفى الحلبي ١٣٨٦ هـ .

(٨٣) انظر : مواهب الجليل للحطاب ، مطبوع مع التاج والأكليل ٦/٨٨- ٨٩ ، الطبعه الثانية سنة ١٣٩٨ / ١٩٧٨م ، وانظر : القضاء ونظم الاثبات في الفقة الاسلامي والأنظمة الوضعية / د. محمود محمد هاشم ص٥٩ نشر عمادة شئون المكتبات - جامعة الملك سعود - الرياض ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م .

(٨٤) المحلى لابن حزم ٤٢٩/٩ - دار الآفاق الجديدة - بيروت .

تاسعا : مذهب الطبري

ذكرت مصادر عديدة أن محمد بن جرير الطبري يجيز ولاية المرأة للقضاء في كل الحقوق ، ولكن بعض تلك المصادر ذكرت ذلك بصيغة التمريض ، وبعضها بصيغة الجزم ، وبعضها شككت في صحة الخبر .

ومن المصادر التي ورد فيها الخبر بصيغة التمريض كتاب المغنى لابن قدامة ، اذ جاء فيه : " وحكى عن ابن جرير أنه لايشترط الذكورية؛ لأن المرأة يجوز أن تكون مفتية ". (٨٥)

وأما رواية الجزم فوردت في معظم المصادر ، منها ماجاء في المنتقى للباجي ، وقد سبق ذكره :" وقال محمد بن الحسن ومحمد بن جرير : يجوز أن تكون المرأة قاضية على كل حال " (٨٦)

وقال ابن رشد في بداية المجتهد : " وقال الطبري : يجوز أن تكون المرأة حاكما على الاطلاق " (٨٧).

وجاء في القوانين الفقهية :" وأجازه الطبري مطلقا " (٨٨).
وقال الماوردي :" وجوزه ابن جرير الطبرى كالرجل ". (٨٩)
وقال في الفتح :" والمنع من أن تلي المرأة الامارة والقضاء قول الجمهور ، وأجازه

---

(٨٥) المغني لابن قدامة ٣٨٠/١١- دار الكتاب العربي - بيروت سنة ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣ م .

(٨٦) المنتقى لأبي الوليد الباجي ١٨٢/٥ - مطبعة السعادة بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٣٢هـ."

(٨٧) بداية المجتهد لابن رشد ٤٦٠/٢ ط مصطفى الحلبي بمصر ، الطبعة الرابعة سنة ١٣٩٥هـ.

(٨٨) القوانين الفقهية لابن جزيء ص ١٩٥ - دار القلم - بيروت .

(٨٩) أدب القاضي للماوردي ص ٦٢٦ - مطبعة الارشاد - بغداد ، وانظر : الأحكام السلطانية للماوردي أيضا ص ٦٥ ، مطبعة مصطفى الحلبي الطبعة الثالثة .

الطبري ..."(٩٠) ونلاحظ أن ابن حجر لايفرق بين الامارة والقضاء ، وظاهر كلامه أن الطبري يجيز ولاية المرأة في الأمرين ، ولم يثبت ذلك عنه في المراجع ، ولعله تسامح في التعبير .

وقال الصنعاني :" وذهب ابن جرير الى جواز توليتها مطلقا ". (٩١)

وممن شككوا في نسبة هذا القول لابن جرير : ابن العربى المالكي كما ألمحنا سابقا ، اذ قال في معرض تفسيره لقوله تعالى :" اني وجدت امرأة تملكهم من دون الله ..." (٩٢) : "ونقل عن ابن جرير أنه يجوز أن تكون المرأة قاضية ، ولم يصح ذلك عنه ، ولعله نقل عنه كما نقل عن أبي حنيفة أنها تقضي فيما تشهد ، لابأن يكتب لها مسطورة بأن فلانة مقدمة على الحكم، وانما سبيل ذلك سبيل التحكيم والاستنابة في القضية الواحدة ، وهو الظن بأبي حنيفة وابن جرير ..." . (٩٣)

وكذلك فعل الألوسي في تفسيره حيث قال :" ونقل عن محمد بن جرير أنه يجوز أن تكون المرأة قاضية ولم يصح عنه " (٩٤) عصر المجمعين يكون مردودا وغير معتبر .

وكذلك استبعد بعض المحدثين هذا القول على ابن جرير ، وخطأه من ناحيتين : تاريخية وموضوعية :

---

(٩٠) فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٩٧/٨ - دار المعرفة - بيروت ، وانظر كذلك : الفتح ٤٧/١٣ .

(٩١) سبل السلام للصنعاني ١٢٣/٤، الطبعة الرابعة ، سنة ١٣٧٩هـ / ١٩٦٠م /ونقل مثل ذلك في البحر الزخار لأحمد بن حي ١١٨/٥ -دار الحكمة اليمانية - صنعاء ١٤٠٩ هـ /١٩٨٨م، وانظر : شرح الأزهار للمؤلف نفسه ٣١٠/٤.

(٩٢) سورة النمل -آية (٢٣) .

(٩٣) أحكام القرآن لابن العربي المالكي ٤٨٢/٣ دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨ م، ونقله عنه القرطبي في تفسيره ولم يعقب عليه ، انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٨٣/١٣- دار الكاتب العربي للطباعة والنشر - القاهرة - ١٣٨٧هـ/ ١٩٦٧ م .

(٩٤) روح المعاني للالوسي ١٨٩/١٩ - دار احياء التراث العربي - بيروت .

فمن الناحية التاريخية لم يسند هذا القول لأي من مؤلفات الطبري ، ولم يرد له ذكرفي تفسيره الكبير أو غيره ، كما لم يسند الى ابن جرير بسند من الأسانيد ، حتى يمكن التحقق من صحته .

ومن الناحية الموضوعية ، فان هذا القول مخالف لحديث أبي بكرة:" لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " ، ومخالف لاجماع من سبقه ، والقول المخالف للاجماع ، ولم يكن صاحبه في عصر المجمعين يكون مردوداً وغير معتبر (٩٥) وقد يؤيد هذا أن الماوردي اعتبر قول الطبري شاذا وخارقا للاجماع ، قال في الأحكام السلطانية : " وشذ ابن جرير فجوز قضاءها في جميع الأحكام ، ولا اعتبار بقول يرده الاجماع مع قوله تعالى : " الرجال قوامون على النساء"(٩٦).

ويمكن أن نجيب بما ذكرناه من قبل تعليقا على رأي ابن القاسم من أنه يكفي لاثبات القول الفقهي أن ينص عليه العلماء الثقات ، ورأى الطبري هذا نقله عدد من مشاهير الفقهاء بصيغة الجزم كما ذكرنا ، منهم ابن رشد وابن حجر والباجي وغيرهم ، ولايضيرهم عدم ذكر الاسناد فانهم موضع الثقة وأهل الصدق ، وما جاء من نقله بصيغة التمريض أو التشكيك في صحته ، فلم يرد الا عن قلة من الفقهاء ، والعبرة بقول الأكثرين ، ومن علم حجة على من لم يعلم .

---

(٩٥) انظر : مذكرات في علم القضاء للشيخ عبد العال عطوة نقلا عن النظام القضائي في الفقه الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ص ٨٥ ومابعدها - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع- الطبعة الأولى ١٤١٠هـ / ١٩٨٩م، والقاضي والبينة / عبد الحسيب عبد السلام يوسف- ص ٢٣٣ ومابعدها - مكتبة المعلا - الكويت .

(٩٦) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦٥ - مطبعة مصطفى الحلبي ط ٣ .

وأما عدم وروده في مؤلفات الطبري ، فمن المعروف أن مذهب الطبري وفقهه لم يحفظ ويصنف في كتب مستقلة كما هو الحال في المذاهب الأخرى ، وقد انقرض أتباعه منذ زمن بعيد ، وأما تفسيره الكبير فلم يشر الى هذا الرأى ، ولعله لم يرد له مناسبة تستدعى ذكره ، فكثير من التفاسير الأخرى لم تتعرض لشروط القاضي . وأما مخالفته للحديث والاجماع فأمر يتعلق بالأدلة كما ذكرنا ، ولايصلح دليلا لتوهين الخبر.(٩٧)

بقي أن نقول هلى يعني الطبري بجواز تولي المرأة للقضاء أن ذلك مباح ولا اثم على المولى والمولي ؟ أم أنه يقصد أن الولاية تنعقد لها مع اثم التولية كما هو الحال عند الحنفية ؟ لم نطلع على عبارة الطبري نفسه حتى نتبين الحقيقة ، ولكن أغلب الظن أنه يقصد المعنى الثاني ، وأقوال الفقهاء الذين ذكروا رأيه تتسع لهذا المعنى، وهى مماثلة في تعبيرها للصيغ المطلقة التى قرر بها الفقهاء رأي الحنفية ، وتبين لنا لدى التحقيق أن مذهب الحنفية على تأثيم تولية المرأة القضاء ، مع صحة الولاية ونفاذ الأحكام فيما تصح فيه شهادتها .

خلاصة هذه الأقوال :

يمكن تصنيف أقوال العلماء في تولي المرأة القضاء في ثلاثة أقوال :

القول الأول : لايجوز تولية المرأة القضاء ، واذا وليت فقضاؤها باطل مطلقا سواء في الأموال أم في غيرها ، أى أن الذكورة شرط للجواز والصحة ، وهو مذهب جمهور الفقهاء : المالكية في المشهور عنهم ، والشافعية والحنابلة ، وزفر من الحنفية، والامامية والزيدية .

---

(٩٧) انظر : مذكرات نظام القضاء في الاسلام للدكتور ابراهيم عبد الحميد نقلا عن النظام القضائي في الفقه الاسلامي / د./ محمد رأفت عثمان ص ٨٥ -٨٦ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى

القول الثاني: لايجوز تولية المرأة القضاء ويأثم موليها ، ولكن اذا وليت نفذ قضاؤها بما تصح فيه شهادتها اذا كان موافقا للحق ، أي أن الذكورة شرط للجواز لاللصحة ، وهو قول الحنفية غير زفر ، والاحتمال لأظهر لقول ابن القاسم ، وتوجيه لقول ابن جرير .

وتصلح شهادة المرأة عند الحنفية في غير الحدود والقصاص ، وعند ابن القاسم في قضايا الأموال ومالا يطلع عليه الرجال غالبا كالولادة والاستهلال وعيوب النساء الخفية ، وحقوق الأبدان التى تؤول الي المال ، كالوكالات والوصية المتعلقة بالمال .

وأما الطبري فتصح عنده شهادة المرأة مطلقا . (٩٨)

هذا وقد سبق أن ذكرنا أن بعض العلماء نسب للحسن صحة قضاء المرأة على الاطلاق، فان صح هذا فينبغي أن يكون مبنيا أيضا على صحة شهادتها مطلقا .

القول الثالث : يجوز تولية المرأة القضاء مطلقا ، أى أن الذكورة ليست شرط جواز ولاشرط صحة ، وهو مذهب الخوارج وابن حزم والوجه المرجوح لمذهب الطبري والحسن البصري وابن القاسم ، كما نسب لمحمد بن الحسن .

---

(٩٨) انظر : النظام القضائى في الفقة الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ص ٨٨ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع .

المبحث الثاني

ادلة هذه الاقوال

المطلب الأول - أدلة القائلين بتحريم تولية المرأة القضاء وبطلان قضائها مطلقا ، وهم جمهور الفقهاء :

استدلوا بالكتاب والسنة والاجماع والقياس والمعقول :

أولا: من القرآن الكريم

استدلوا من القرآن الكريم بما يلي :

١) بقوله تعالى : " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم ..."(٩٩) ، قال الماوردي :" يعني في العقل واالرأي ، فلم يجز أن يقمن على الرجال "(١٠٠).

ووجه الاستدلال أن الآية تفيد حصر القوامة في الرجال ، لأن المبتدأ المحلى بأل الجنسية منحصر في خبره ، جاء في حاشية السعد في بيان بعض أنواع الحصر " وهو أن يعرف المبتدأ بحيث يكون ظاهرا في العموم ، سواء كان صفة أو اسم جنس ، ويجعل الخبر ماهو أخص منه بحسب المفهوم ، سواء أكان علما أو غير علم ،مثل : العالم زيد ، والرجل عمرو ، والكرم في العرب ، والأئمة من قريش ، وصديقي خالد ، ولا خلاف في ذلك بين علماء المعاني، تمسكا باستعمال الفصحاء ، ولافي عكسه أيضا " (١٠١)

---

(٩٩) سورة النساء- آية (٣٤)

(١٠٠) أدب القاضي للماوردي ص ٦٢٧- مطبعة الارشاد - بغداد سنة ١٩٧١م ، وانظر : الأحكام السلطانية للمؤلف نفسه ص ٦٥ - مطبعة مصطفى الحلبي سنة ١٩٧٣م، حاشية السعد التفتازاني على شرح العضد لمختصر ابن الحاجب ١٨٣/٢- مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٣٩٣هـ/ ١٩٧٣ . وانظر : تيسير التحرير/ أميربادشاه ١٣٤/١ ، دار الكتب العلمية - بيروت

والحصر هنا حصر اضافي ، أي بالنسبة الى النساء ، وهذا يفيد أن القوامة للرجال على النساء دون العكس ، وبالتالي لاتصح ولاية المرأة القضاء لما يستلزم من قوامة النساء على الرجال مما يخالف مدلول الآية.(١٠٢)

مناقشة هذا الدليل :

يمكن مناقشة الاستدلال بهذه الآية من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : يمكن أن يقال : ان الأية خارجة عن محل النزاع ، لأن المقصود بالقوامة فيها قوامة خاصة ، هى قوامة رب الأسرة على أسرته في إطار الولاية الأسرية التى أشار اليها قوله صلى الله عليه وسلم : " ... والرجل راع على أهل بيته... " (١٠٣).

---

(١٠١) حاشية السعد التفتازاني على شرح العضد لمختصر ابن الحاجب ١٨٣/٢- مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٣٩٣ هـ/ ١٩٧٣ م. وانظر : تيسير التحرير / أمير بادشاه ١٣٤/١، دار الكتب العلمية - بيروت.

(١٠٢) انظر : النظام القضائي في الفقة الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ص ٨٩/٨٨، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى ، وانظر : نظام القضاء في الاسلام / المستشار جمال المرصفاوي ص ٢٧-٢٨ ، بحث مقدم لمؤتمر الفقه الاسلامي الذي عقدته جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية بالرياض سنة ١٣٩٦ هـ ، مطبوع مع بحوث أخرى سنة ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م.

(١٠٣) جزء من حديث رواه البخاري بسنده عن ابن عمر رضى الله عنهما - انظر : صحيح البخاري مع شرح فتح الباري ٢٦٢/٩ - دار المعرفة - بيروت ، وقد رواه في كتاب النكاح ، وانظر : مذكرات نظام القضاء في الاسلام /د. ابراهيم عبد الحميد ص ٣٠ - مطبوعة بالآلة الكاتبة .

ومما يدل على ذلك أمران :

الامر الأول : سبب نزول الآية ،فقد ذكر السيوطي أن ابن أبي حاتم أخرج عن الحسن ، قال : جاءت امرأة الى النبي صلى عليه وسلم تستعدي على زوجها أنه لطمها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " القصاص " فأنزل الله :" الرجال قوامون على النساء " الآية ، فرجعت بغير قصاص . وذكر أن ابن جرير أخرجها من طرق عن الحسن ، وأخرجها كذلك ابن مردويه عن علي ، وقال :" فهذه شواهد يقوى بعضها بعضا".(١٠٤)

وقيل : سبب نزولها مارواه الترمذي عن أم سلمة أنها قالت : " يغزو الرجال ولايغزو

---

(١٠٤) لباب النقول في أسباب النزول للسيوطي ص٦٧-٦٨ -دا احياء العلوم - بيروت ، الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م، وانظر أحكام القرآن لابن العربي المالكي ١/ ٥٣٠ - دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨ م ، وأحكام القرآن للجنصاص الرازي ١٨٨/٢- دار الكتاب العربي - بيروت .

وقال صاحب تفسير التحرير والتنوير :" وليس في هذا السبب حديث صحيح ولامرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم ، ولكنه مما روى عن الحسن والسدى وقتادة " - التحرير والتنوير لمحمد الطاهر بن عاشور٥/ ٤٠ - الدار التونسية للنشر - تونس سنة ١٨٤٠ م.

ولكن السيوطي ذكر - كما في المتن - أن ابن مردويه أخرجها عن علي ، فلها حكم المرفوع .

وقد اختلف في الزوجين صاحبي القصة ، فقيل : سعد بن الربيع وزوجته حبيبة بنت زيد ، وقيل :زوجته عميرة بنت محمد ، وقيل : ثابت بن قيس وزوجته جميلة بنت أبي .انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٦٨/٥- ١٦٩ - دار الكاتب العربي للطباعة والنشر - القاهرة سنة ١٣٨٧ هـ١٩٦٧م .

النساء ، وانما لنا نصف الميراث " فانزل الله تعالى : " ولاتتمنوا مافضل الله به بعضكم على بعض (١٠٥)" ، ثم بين تعالى أن تفضيلهم عليهن في الارث لما على الرجال من المهر والانفاق (١٠٦) .

فالسبب الأول: يبرز قوامة الرجل على زوجته بالتأديب ، والسبب الثاني يبرز قوامة الانفاق.

الأمر الثاني : تركيب الآية وسياقها مشعر بأنها متعلقة بشئون الأسرة ، فقد تحدث القرآن أولا عن الارث بشكل مجمل ، وذلك بقوله تعالى : " ولاتتمنوا مافضل الله به بعضكم على بعض ، للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن ، واسئلوا الله من فضله ، ان الله كان بكل شيء عليما ، ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والأقربون ، والذين عقدت أيمانكم (١٠٧) فآتوهم نصيبهم ، ان الله كان على كل شيء

---

(١٠٥) رواه الترمذى وقال :" هذا حديث مرسل ". انظر : تفسير القرطبي ١٦٩/٥ - دار الكتاب العربي للطباعة والنشر .

وأما الآية فهى في سورة النساء رقم (٣٢) .

(١٠٦) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٦٩/٥ ، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر ، وهذا السبب هو الذى اعتمده الشوكاني في تفسيره ولم يشر الى السبب الآخر ، فقد جاء في تفسيره :" هذه الجملة مستأنفة مشتملة على بيان العلة التى استحق بها الرجال الزيادة ، كأنه قيل : كيف استحق الرجال ما استحقوا مما لم يشاركهم فيه النساء ؟ فقال :" الرجال قوامون ..." - فتح القدير للشوكاني ٤٦٠/١ - مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الثانية ، سنة ١٣٨٣هـ / ١٩٦٤م .

(١٠٧) المراد بالذين عقدت أيمانكم : موالى الموالاة ، جاء في تفسير الطبرسي :" كان الرجل يعاقد الرجل فيقول : دمي دمك وهدمي هدمك وحربي حربك وسلمي سلمك ، وترثني وأرثك وتعقل عني وأعقل عنك ، فيكون للحليف السدس من ميراث الحلف ، فنسخ بقوله :" وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض "-جوامع الجامع / أبو الفضل بن الحسن الطبرسي٢٩٥/١دارالأضواء-==

شـهـيـدا" (١٠٨) ، ثم ذكـر القوامـة فـقـال :" الرجال قـوامـون على النسـاء بما فـضل الله بعـضـهم على بض وبما أنفقـوا من أموالهم ". وفـي هذا اشارة الى مـايتحـمله الأزواج من المهور والنفقات ، وعقب ذلك بقوله :" فالصـالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله " ، وهذه اشارة الى وجوب طاعة الزوجة لزوجها ، وحفظه في ماله ونفسـها ، فـهـو أمـر في صورة خبر ، ووصف في معنى التشريع (١٠٩) ، ثم ذكر طريقة معالجة الناشزات مـن أزواجـهـن فـقـال :" واللاتي تخـافـون نشـوزهـن فـعظوهن واهجـروهن في المضـاجع واضربوهن".(١١٠)

وجاء مثل ذلك عن الرازي ، فذكر أن النساء لما تكلمن في تفضيل الرجال عليهن

==بيروت وقيل : نزلت هذه الآية في ميراث الأخوة التي عقـدها النبي صلى الله عليه وسلم بين المهاجرين والانصار في أول الهجرة ، فكانوا يتوارثون بذلك دون ذوى الأرحام ، ثم نسخ الله ذلك بآية الأنفال.

وقيل : نزلت في التبني الذي كان في الجاهلية ، فكان المتبنى " بالفتح " يرث المتبني " بالكسر " ، مثل تبني النبي صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة الكلبي ، وتبني الأسـود بن عبد يغوث المقداد الكندي ، وتبني أبي حذيفة بن عتبة سالم بن معقل الاصطخري المشهور بسالم مولى أبي حذيفة ، ثم نسخ بالمواريث .

انظر : التحرير والتنوير / محمد الطاهر بن عاشور ٣٦/٥ - الدار التونسية للنشر - تونس سنة ١٩٨٤م.

(١٠٨) سورة النساء - الآيتان ٣٢-٣٣.

(١٠٩) تفسير القرطبي ١٧٠/٥ - دار الكاتب العربي للطباعة والنشر ، والتحرير والتنوير لمحمد الطاهر بن عاشور ٤٠/٥ - الدار التونسية للنشر- تونس.

(١١٠) سورة النساء - آية (٣٤) .

في الميراث ،ذكر تعالى في هذه الآية " أنه انما فضل الرجال على النساء في الميراث، لأن الرجال قوامون على النساء ، فانهما وان اشتركا في استمتاع كل واحد منهما بالآخر ، فقد أمر الله الرجال أن يدفعوا اليهن المهر ، ويدروا عليهن النفقة ، فصارت الزيادة من أحد الجانبين مقابلة بالزيادة من الجانب الآخر ، فكأنه لافضل البتة ".(١١١)

فهذه اشارات واضحة الى أن الآية واردة في محيط الأسرة ، وأن المقصود بالقوامة اشراف الرجال على شئون زوجاتهم وأسرهم ، وليس توليتهم عليهن في الولايات العامة كالخلافة والقضاء ونحوهما (١١٢) .

الاجابة عن هذه المناقشة :

تمكن الاجابة بأن الآية تبقى على عمومها وان نزلت لسبب خاص ، وبخاصة أن في الآية صيغة من صيغ العموم ، وهى الجمع المحلى بأل الجنسية " الرجال " ، والاطلاق في قوله :" قوامون " (١١٣) وأكثر علماء الأصول على أن الكلام العام الوارد على سبب خاص يفيد العموم ، سواء أكان السبب سؤالا أو حادثة ، حملا للفظ على مقتضاه ،

---

(١١١) تفسير الرازي وبهاشمه تفسير أبي السعود ٣/٢١٥- دار الفكر - بيروت .

(١١٢) انظر : نظام القضاء في الاسلام / د. ابراهيم عبد الحميد - مذكرات مكتوبة بالآلة الكاتبة ص ٣٢/٣١ ، وانظر : النظام القضائي في الفقه الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ص ٨٩/ ٩٠ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى .

(١١٣) انظر : القاضي والبينة / عبد الحسيب عبد السلام يوسف ص ٢٤٢ - مكتبة المعلا الكويت - الطبعة الأولى ، النظام القضائي في الفقة الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ص ٩١ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى .

وخصوص السبب لايقتضي اخراج ماعداه من أفراد العام ، لعدم المعارضة المقتضية للتخصيص ، وتكون فائدة ذكر السبب عدم تخصيصه بالاجتهاد ، بالاضافة الى الاطلاع عليه والالمام به ، مما يلقي ضوءا على معنى النص ، وقد تمسك الصحابة ومن بعدهم من التابعين بعموم الأحكام المبنية على أسباب خاصة ، (١١٤) ولذلك تبقى الآية على عمومها ، لأنها كلام مستقل بنفسه .

فكذلك لايصلح لتخصيص الآية ماورد فيها من أحكام تتعلق بقوامة الزوج على زوجته ، من قبل أنه اذا ذكر العام بحكم ثم أفرد بعض أفراده بالذكر وحكم عليه بذلك الحكم لايكون ذلك تخصيصا عند جمهور العلماء؛ لعدم المنافاة بين اثبات الحكم للكل واثباته للبعض ؛ لأن المخصص لابد أن يكون منافيا للعام - كما ذكرنا ،" وذلك كقوله صلى الله عليه وسلم " أيما اهاب دبغ فقد طهر " ، (١١٥) مع قوله في شاة ميمونة : "دباغها طهورها" (١١٦) " ، فلا يخصص حكم الطهورية بالدباغ شاة ميمونة من بين الأهب . (١١٧)

---

(١١٤) انظر : تيسير التحرير / أمير بادشاه/ ٢٦٣- ٢٦٤- دار الكتب العلمية - بيروت ، التبصرة للشيرازي ص ١٤٤ ومابعدها ، تحقيق د. محمد حسن هيتو - دار الفكر دمشق ١٤٠٠ / ١٩٨٠ م ، حاشية السعد التفتازاني على شرح العضد لمختصر ابن الحاجب ١١٠/٢ - مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣م ، العدة في أصول الفقه للفراء ص ٥٩٦ - تحقيق د. أحمد المباركي ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠ م مؤسسة الرسالة - بيروت .

(١١٥) رواه مسلم في كتاب الحيض بلفظ : " اذا دبغ الاهاب فقد طهر " صحيح مسلم بشرح النووي ٥٣/٣ - مكتبة المثنى - بيروت ، والاحياء التراث العربي - بيروت ،ط٢، ١٣٩٢هـ /١٩٧٢ م

(١١٦) رواه مسلم عن ابن عباس بلفظ " دباغه طهوره " - صحيح مسلم بشرح النووى ٥٣/٣- مكتبة المثنى - بيروت .

(١١٧) تيسير التحرير / أمير باشاده ٣١٩/١- ١ ٣٢٠ - دار الكتب العلمية - بيروت ، نهاية=

وكذلك لايكون تخصيصا وصف بعض مسميات اللفظ العام ، كقوله تعالى :" وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن " ، فهو عام في كل زوجة ، ثم قال :" الا أن يعفون"(١١٨) ، فهو خاص في البالغات ، وكقوله تعالى :" والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " هو عام في البائن والرجعية ، ثم قال :" وبعولتهن أحق بردهن"(١١٩) ، وهو خاص في الرجعية ، فيحمل كل واحد منهما على ماورد ، ولايخصص آخر الآية أولها ، وان نقل عن بعض العلماء خلاف ذلك (١٢٠) .

وعلى هذا فقوله تعالى :" الرجال قوامون " قاعدة عامة ، وأصل تشريعي كلي ، جاء في صورة خبر للدلالة على واقع ملموس وعرف معتاد على مر العصور ، تقتضيه الجبلة الغريزية للجنسين ، وقد ورد في سياق الأحكام الأسرية لما يقتضيه المقام والمناسبة، فهو تعليل لسبب اختصاص الرجال ببعض الأحكام ، ومنها زيادة بعضهم في الميراث ، وهو أصل ومقدمة لما تفرع عنه من الأحكام التى جاءت بعده ، مما يتعلق بحق الأزواج على زوجاتهم في الطاعة وسلطتهم في التأديب .

== السول للأسنوي / ٤٨٤- ٤٨٥ - عالم الكتب .

(١١٨) سورة البقرة - آية (٢٢٨) .

(١١٩) سورة البقرة -آية (٢٢٨) .

(١٢٠) المسودة في أصول الفقه لآل تيمية :عبد السلام وعبد الحليم وأحمد ، ص ١٣٩ - تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد - مطبعة المدني - القاهرة ، العدة في أصول الفقه لأبي يعلي الفراء ص ٦١٤ ، تحقيق د. أحمد المباركي ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م - مؤسسة الرياض-بيروت .

قال في التحرير والتنوير : " والحكم الذي في هذه الآية حكم عام جيء به لتعليل شرع خاص " (١٢١) ، وذكر أن " التعريف في " الرجال " و"النساء" للاستغراق ، وهو استغراق عرفي (١٢٢) ، مبني على النظر الى الحقيقة ، كالتعريف في قول الناس:"الرجل خير من المرأة " يؤول الى الاستغراق العرفي ؛ لأن الأحكام المستقرأة للحقائق أحكام أغلبية ، فاذا بنى عليها استغراق فهو استغراق عرفي ، والكلام خبر مستعمل في الأمر كشأن الكثير من الأخبار الشرعية ". (١٢٣)

وعلى ذلك فالرجال في الآية لفظ عام ، يشمل لغة جميع أفراد النوع الانساني من الذكور ، وليس المراد جمع الرجل بمعنى رجل المرأة ، أي زوجها ، لعدم استعماله في هذا المعنى لغة أو شرعا ، وان استعمل لدى بعض العوام ، ولفظ النساء كذلك عام يشمل - في أصل الوضع جميع أفراد الاناث من النوع الانساني ، كما في قوله تعالى :" وللنساء نصيب مما اكتسبن " ، وقول النابغة :" ولانسوتي حتى يمتن حرائرا".
يريد أزواجه وبناته وولاياه. وان استعمل لفظ النساء بمعنى الأزواج كما في قوله تعالى :

---

(١٢١) التحرير والتنوير / محمد الطاهر بن عاشور ٣٨/٥ - الدار التونسية - تونس ١٩٨٤ م.

(١٢٢)يقسم النحاة الاستغراق الى نوعين :

الأول : استغراق حقيقي ، مثل : عالم الغيب والشهادة ، أي كل غيب وشهادة .

الثاني : عرفي ، مثل جمع الأمير الصاغة ، اذا جمع صاغة بلده وأطراف مملكته فحسب ، لاصاغة الدنيا .

انظر : الايضاح في علوم البلاغة للقزويني ، ص ١٢٣ - دار الكتاب اللبناني - بيروت الطبعة الرابعة، سنة ١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥ م .

(١٢٣) التحرير والتنوير / محمد الطاهر بن عاشور ٣٩/٥- الدار التونسية للنشر - تونس سنة ١٩٨٤ م.

"من نسائكم اللاتي دخلتم بهن "، فذلك حالة خاصة تدل عليها القرينة . (١٢٤)

فان قيل : ان سبب النزول يعين على فهم النص فهذا صحيح ، ولكن لايصلح للتخصيص . ومما يؤذن بعموم القوامة كذلك حذف متعلقها وطبيعة علتها ، فنحن اذا نظرنا الى تعليل القوامة في الآية ، نجد أن العلة لاتقتصر على أمر خاص بالأسرة ، بل تتعدى نطاقها ، مما يوحي الى العموم ، فقد ذكرت الآية للقوامة علتين : احداهما موهبية ، والأخرى كسبية :

أما العلة الموهبية فيشير اليها قوله تعالى " بما فضل بعضهم على بعض ،" والمراد بالبعض الأولى ، الرجال ، وبالثانية النساء.

وأما العلة الكسبية فيدل عليها قوله :" بما أنفقوا من أموالهم "، أي الرجال .
فبالنسبة للعلة الموهبية فتعود الى تفضيل الله الرجال على النساء بأصل الخلقة والجبلة من القوة والشجاعة وتمام الذكاء وقوة الارادة ، وتفضيلهم بحكم الشرع بأن جعل فيهم الرسالة والامامة العظمى والصغرى والأذان والخطبة والشهادة في الحدودوالقصاص ونحوها ، وهذه العلة تصلح لتخصيص الرجال بالقوامة في نطاق الأسرة أو المجتمع على السواء .

وأما العلة الثانية فهى ماكلف الله الأزواج من القيام بدفع المهور والإنفاق على نسائهم وأسرهم (١٢٥)، وهذه العلة وان كانت متصلة بشئون الأسرة ، فان الحكم المرتب على

---

(١٢٤) المرجع السابق ٣٧/٥- ٣٨.

(١٢٥) انظر : البحر المحيط لأبي حيان التوحيدي ٢٣٩/٣ - دار الفكر - بيروت ، سنة ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م، زاد المسير في علم التفسير لابن الجوزي ٧٤/٢- المكتب الاسلامي للطباعة والنشر ، تفسير الرازي ٢٥/٣ ، وبهامشه تفسير أبي السعود - دار الفكر - بيروت ، تفسير الكشاف للزمخشري ٥٢٣/١ ، ط مصطفى الحلبي سنة ١٣٩٢ هـ / ١٩٧٠ م ،تنظيم الدرر في تناسب =

علتين لاينتفي بانتفاء احداهما ، وبالتالي يكفي لثبوت القوامة العامة علة التفضيل ، وان تخلفت علة الانفاق ، علما أنه من الممكن توسيع معنى الانفاق ليشمل ما اختص به الرجال من الانفاق في العقل والجهاد ، فتكون عامة كذلك .

الوجه الثاني : يمكن أن يقال : أنه لو أبقينا الآية على عمومها فادخال القضاء تحتها محل نظر ؛ ذلك لأن القوامة مشتقة من قام ، بمعني انتصب أو عزم ، قام قياما اذا انتصب ، وقام بهذا الأمر اذا اعتنقه ، وهو قيام الدين والحق ، أي به يقوم . (١٢٦)

وقوام أو قيّام ، فعال ، صيغة مبالغة ، من القيام على الشيء والاستبداد بالنظر فيه وحفظه بالاجتهاد . (١٢٧)

وجاء في اللسان : القيم السيد وسائس الأمر ، وقيم القوم الذي يقومهم ويسوس أمرهم (١٢٨). وجاء في الأساس : قام الأمير على الرعية وليها ، قال الشماخ:

=الآيات والسور / برهان الدين البقاعي ٢٦٩/٥- ٢٧٠ - الطبعة الأولى - دائرة المعارف العثمانية بالهند سنة ١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢ م ، فتح القدير للشوكاني ٤٦٠/١- مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الثانية ، سنة ١٣٨٣ ه/ ١٩٦٤ م .

(١٢٦) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤٣/٥ ، تحقيق عبد السلام هارون - دار الكتب العلمية - ايران - قم.

(١٢٧) تفسير القرطبي ١٦٩/٥ - دار الكاتب العربي ، أحكام القرآن لابن العربي ٥٣٠/١ - دار الكتب العلمية ، البحر المحيط لأبي حيا ن ٢٣٥/٣- دار الفكر - بيروت .

(١٢٨) لسان العرب لابن منظور ٥٠٥/١٢ - دار صادر - بيروت .

يظل بصحراء البسيطة قائما   عليها قيام الفارسي المتوج (١٢٩)

يعنى العير يملك أمر الأتن .

وتأسيسا على هذا فقيام الرجل على المرأة هو أن يتولى أمرها ، ويقوم بتدبير شئونها ، ورعايتها وتأديبها وامساكها في بيتها ، وان عليها طاعته وقبول أمره مالم تكن معصية (١٣٠) يقال : هذا قيم المرأة وقوامه للذى يقوم بأمرها ، ويعني بحفظها، قال الشاعر :

الله بيني وبين قيمهـــا   يفرمني بها واتبـــع (١٣١)

ومن هنا سمي زوج المرأة قيما في بعض اللغات ، كماجاء في اللسان ، واستشهد بما جاء في المغرب لابن جنى :

يشينان وجه الأرض ان يمشيا بها   ونخزى اذا ما قيل :من قيماهما ؟(١٣٢)

---

(١٢٩) أساس البلاغة للزمخشرى ص ٣٨٢ تحقيق عبد الرحيم محمود - دار المعرفة - بيروت سنة ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م.

(١٣٠) انظر : تفسير القرطبي ١٦٩/٥ - دار الكاتب العربي للطباعة والنشر ، أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٥٣٠ - دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م ، البحر المحيط لأبي حيان التوحيدي ٢٣٥/٣ - دار الفكر - بيروت ١٣٩٨ /١٩٧٨م

(١٣١) معاني القرآن واعرابه للزجاج ، شرح وتعليق د. عبد الجليل شلبي ٤٦/٢ - ٤٧ ، والشاعر هو الأحوص - انظر : الأغاني لأبي الفرج الأصبهاني ٢٤٧/٤- مؤسسة جمال للطباعة والنشر - بيروت ، مصورة عن طبعة دار الكتب ، وانظر : الخصائص لابن جنى ١٢٨/٢- تحقيق محمد على النجار - دار الهدى للطباعة والنشر - بيروت .

(١٣٢) لهذا البيت قصة كما جاء في اللسان نقلا عن المغرب لابن جنى ، وهى أنه يروى أن جاريتين من بني جعفر بن كلاب تزوجتا أخوين من بني بكر بن كلاب ، فلم ترضياهما ، فقالت احداهما أبياتا في هذين الزوجين ، منها البيت المذكور لسان العرب لابن منظور -٢/١٢- دارصادر - بيروت .

قال : قيماهما بعلاهما ، وذكر في قوله تعالى : " الرجال قوامون على النساء ": ليس المراد القيام الذي هو المثول والتنصيب، وضد القعود ، انما هو من قولهم قمت بأمرك ، فالمعنى الرجال متكفلون بأمور النساء ، معنيون بشئونهن (١٣٣).

فالقوام على الشيء سيد عليه ، وسائس له ، ومشرف على أمره ، وقوامة الرجل على المرأة اشراف على أمرها ، ونوع من السلطنة والولاية على شئونها ، تخول الرجل التأديب والأمر والنهي ، في اطار من المعروف ، كما تكلفه واجب الرعاية والانفاق.

جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما: " قوله :" الرجال قوامون علي النساء" يعني: أمراء، عليها أن تطيعه فيما أمرها الله به من طاعته ، وطاعته أن تكون محسنة الى أهله، حافظة لماله ، وفضله عليها بنفقته وسعيه " ، (١٣٤)

واذا نظرنا الى القضاء في أصل معناه وحقيقته نجد أنه لايعدو الفصل بين الخصوم في النزاع ،وهو عمل محدود ، ومهمة خاصة جزئية ، لايبرز فيها معنى السيادة والسياسة ، وتولى شئون الغير ، وممارسة السلطنة عليهم أمراً ونهيا ، ومنعا واباحة،وتدبيرا للأحوال ، ومحافظة على المصالح ، ومدافعة للأخطار ، الى غير ذلك من المسئوليات التي تدخل في مفهوم القوامة .

ويمكن الرد على هذا بأن القاضي - بحسب الواقع العملي ، تتسع صلاحيته بحكم

---

(١٣٣) المصدر السابق .

(١٣٤) تفسير الطبرى ٥/٥٧ - مطبعة مصطفى الحلبي - الطبعة الثالثة ، ١٣٨٨ / ١٩٦٨ م.

وظيفته للنظر في أحوال الشهود والخصوم وكل من له علاقة بالقضية ، ويتولى تزويج من لا ولي له ، والتفريق بين الزوجين للضرر أو الرضاع ، ويقدر النفقات ، ويقسم التركات ، وينفذ الوصايا ، ويرعى أحوال اليتامى ، ويأمر بالوقيف والحجز على الأموال والحبس التحفظي الى غير ذلك من الأعمال التى يظهر فيها معنى القوامة .

الوجه الثالث : أفاد بعضهم أن الاستدلال بالآية غير تام التقريب (١٣٥)؛ لأن الدعوى تحريم تولي المرأة القضاء مطلقا وبطلان هذه التولية على الاطلاق كذلك ؛ سواء استقضيت على الرجال أم على النساء أم على الأحداث ، أم على هؤلاء جميعا ، والاستدلال بالآية أنتج الدعوى في الشق الأول فقط ، أي ولايتها على الرجال دون النساء والأحداث ؛ (١٣٦) لأن كلمة الرجال" تطلق على الذكور البالغين ، فلا تكون الآية مطابقة لمحل النزاع .

وقد أجاب الدكتور عبد العال عطوة عن هذه المناقشة بأن الدليل أنتج مساوى الدعوى، وليس الأخص فقط، وذلك للمساواة بين الرجال والنساء والأحداث أمام القضاء؛ لأنه لافارق بين الرجال وغيرهم في مجال الخصومة والتقاضي ومؤاخذة القاضي لهم على الأمور التى تحدث بينهم ، والحاق النساء والاحداث بالرجال في هذا انما هو قياس في

---

(١٣٥) جاء في التعريفات للجرجاني أن التقريب :" سوق المقدمات على وجه يفيد المطلوب ، وقيل : سوق الدليل على الوجه الذى يلزم المدعي ، وقيل : جعل الدليل مطابقا للمدعى " - التعريفات للجرجاني ص ٦٧ - مكتبة لبنان -بيروت - ١٩٨٥م.

(١٣٦) انظر: نظام القضاء في الاسلام/ د. ابراهيم عبد الحميد ص ٣١ ،مذكرات مكتوبة بالآلة الكاتبة .

معنى الأصل فهو قياس جلي ، وبالتالي يكون التقريب في الدليل تاما . (١٣٧)

وهذا في نظري حق ؛ لاستواء الجميع في أحكام القضاء ، فشهادة المرأة على النصف من شهادة الرجل ، سواء أكان المشهود عليه من الرجال أو النساء أو الأحداث ، ولاتقبل شهادتها في الحدود ، سواء تعلقت بالرجال أم النساء ، وكذلك اذا بطلت ولايتها للقضاء على الرجال بطلت أيضا بالنسبة للنساء والأطفال ، ولا فرق ؛ لأن الولاية واحدة لاتتجزأ ، فاما أن تكون صحيحة بالنسبة للجميع ، أو باطلة في حق الجميع . ومعظم الأسباب التى يعلل بها عدم صلاحية المرأة للقضاء من غلبة العاطفة عليها ، وسرعة انفعالها ، وضعف ارادتها ، ومحدودية تفكيرها ، ونحو ذلك مما سنوضحة لاحقا ، تبقى مظنة الانحراف في الحكم ، والخطأ في الاجتهاد، بغض النظر عمن تعلق الحكم بهم ، رجالا كانوا أو نساء أو أطفالا.

٢- استدلوا (١٣٨) بقوله تعالى :" واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ، أن تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى ". (١٣٩)

---

(١٣٧) انظر : مذكرات محاضرات في علم القضاء للدكتور عبد العال عطوة ص٦٣ نقلا عن النظام القضائي في الفقة الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ص٩٢ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع .

(١٣٨) انظر : المغنى لابن قدامة ٣٨٠/١١ ، مطبوع مع الشرح الكبير ، دارالكتاب العربي - بيروت ١٤٠٣/ ١٩٨٣ م ، روح المعاني للألوسي ٥٨/٣ - ٥٩ ، دار احياء التراث العربي - بيروت .

(١٣٩) سورة البقرة -آية (٢٨٢) .

فالآية بينت نقص المرأة عن الرجل في الشهادة . اذ جعلت شهادتها على النصف من شهادة الرجل ، في المداينات ونحوها ، وعللت ذلك بحصول الضلال من المرأة في الغالب .

وقد ذهب أكثر المفسرين الى أن المقصود بالضلال في الآية هو النسيان ، روى ذلك عن سعيد بن جبير والضحاك والربيع وغيرهم ،(١٤٠) وقال أبو عبيد : " معنى تضل : تنسى ، والضلال عن الشهادة انما هو نسيان جزء منها وذكر جزء آخر ، ويبقى المرء حيران بين ذلك ضالا ، ومن نسى الشهادة جملة فليس يقال : ضل فيها ". (١٤١)

وممن فسر الضلال بالنسيان الرازى والنحاس والنيسابوري والزجاج والقرطبي والنسفي وغيرهم . (١٤٢)

وقد استشهد له الرازى بقوله تعالى :" وضل عنهم ماكانوا يفترون " ، أى ذهب عنهم .(١٤٣) وفيه نظر ؛ لأن الذهاب في الآية لايعني النسيان بالضرورة .

وقيل : الضلال عدم الاهتداء الى الشيء لنسيان أو غيره ، كغفلة أو خطأ ، من

---

(١٤٠) تفسير الألوسي ٥٨/٣ - ٥٩ - دا احياء التراث العربي - بيروت .

(١٤١) تفسير القرطبي ٣٩٧/٣ - دار الكاتب العربي للطباعة والنشر - ١٩٦٧/١٣٨٧م.

(١٤٢) تفسير الرازي ٣٦٧/٢ - دار الفكر - بيروت ١٣٩٨/ ١٩٧٨ م، معاني القرآن الكريم / أبو جعفر النحاس ٣١٨/١ ، تحقيق محمد على الصابوني ، مطبوعات جامعة أم القرى ١٤٠٨/ ١٩٨٨ ، غرائب القرآن للنيسابوري ٩٠/٣ - تحقيق ابراهيم عطوة - مطبعة مصطفى الحلبي- ١٣٨١ / ١٩٦٢م ، معاني القرآن واعرابه للزجاج ٣٦٣/١ ، تحقيق د. عبد الجليل شلبي - عالم الكتب ١٤٠٨ / ١٩٨٨ ، تفسير القرطبي ٣٩٧/٣ - دار الكاتب العربي للطباعة والنشر ١٩٨٧/ ١٩٦٧ م ، تفسير النسفي ١٨٨/١ - دار الكتاب العربي - بيروت .

(١٤٣) تفسير الرازي ٣٦٧/٢- دار الفكر - بيروت ١٣٩٨/ ١٩٧٨م.

قولهم : ضل في الطريق ، اذا لم يهتد اليه ، (١٤٤) وهذا مايدل عليه كلام المنار ، اذ جاء فيه : "... أى حذر أن تضل احداهما ، أي تخطىء ، لعدم ضبطها ، وقلة عنايتها ، فتذكر كل منهما الأخرى بما كان ، فتكون شهادتها متممة لشهادتها ، أي أن كلا منهما عرضة للخطأ والضلال ، أي الضياع وعدم الاهتداء الى ما كان وقع بالضبط ، فاحتيج الى اقامة اثنتين مقام الرجل الواحد ، لأنهما بتذكير كل منهما للأخرى تقومان مقام الرجل ، ولهذا أعاد لفظ احداهما مظهرا ؛ وليس المعنى لئلا تنسى واحدة فتذكرها الثانية ، كما فهم كثير من المفسرين " . (١٤٥)

وهذا هو الصحيح ؛ لأن الضلال أعم من النسيان ، قال تعالى :" في كتاب لايضل ربي ولاينسى "، (١٤٦) فعطف النسيان على الضلال ، والعطف يقتضي المغايرة ، ومعنى لايضل : لايخطىء ، من ضللت الشيء اذا أخطأته ، فلم تهتد اليه . (١٤٧) أو معناه : لايغفل ، كما في قوله تعالى :" ووجدك ضالا فهدى "(١٤٨) ، أي غافلا

---

(١٤٤) انظر : تفسير الرازي ٣٦٧/٢، دار الفكر - بيروت ، الكشاف للزمخشري ٤٠٣/١- ط مصطفى الحلبي سنة ١٣٩٢ / ١٩٧٢ م

(١٤٥) تفسير المنار / محمد رشيد رضا ١٢٤/٣- دار المعرفة - بيروت ، وانظر : تفسير المراغي ٧٤/٣ - ٧٥ ، مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٨٢هـ / ١٩٦٢ م.

(١٤٦) سورة طه - آية (٥٢) .

(١٤٧) تفسير النسفي ٣٦١/٢ ، دار الكتاب العربي - بيروت ، تفسير الكشاف للزمخشري ٥٣٩/٢ - مطبعة مصطفى الحلبي سنة ١٣٩٢/ ١٩٧٢ م.

(١٤٨) سورة الضحى - آية (٧)

عن علم الشرائع ...طريقه الوحي (١٤٩) ، قال تعالى : "... وان كنت من قبله لمن الغافلين" (١٥٠)

ونظرا لارتباط الشهادة بالقضاء ، فانه يجدر بنا أن نتطرق لسبب تعرض المرأة للضلال فيها ، وقد أرجعه بعضهم الى نقصان عقل المرأة (١٥١) ، واستشهد بما رواه أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :"... مارأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من احداكن ، قلن : ومانقصان ديننا وعقلنا يارسول الله ؟ قال : أليس شهادة المرأة مثل نصف الرجل ؟ قال : فذلك من نقصان عقلها ، أليس اذا حاضت لم تصل ولم تصم ؟ قلن : بلى ، قال : فذلك من نقصان دينها"(١٥٢).

وعلل بعضهم ذلك بغلبة البرد والرطوبة على أمزجة النساء (١٥٣) ، وليس ذلك بواضح ولا متأكد .

---

(١٤٩) الكشاف للزمخشري ٢٦٤/٤ - ط مصطفى الحلبي سنة ١٣٩٢ / ١٩٧٢م ، فتح القدير للشوكاني ٤٥٨/٥ ط مصطفى الحلبي ، الطبعة الثانية سنة ١٣٨٣ / ١٩٦٤ م ، وذكر الشوكاني كذلك ان من معانيها : لايهلك ولا يغيب .

(١٥٠) سورة يوسف- آية (٣) .

(١٥١) انظر : تفسير ابن كثير ٣٣٥/١ ط عيسى الحلبي .

(١٥٢) من حديث رواه البخاري عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه - انظر : صحيح البخارى بشرح فتح الباري ٣٤٥/١ - ٣٤٦ - دار المعرفة - بيروت .

(١٥٣) انظر : غرائب لفرقان / نظام الدين النيسابوري ٩٠/٣ ، تحقيق ابراهيم عطوة ، ط مصطفى الحلبي ١٣٨١/ ١٩٦٢ ، روح المعاني للألوسي ٥٨/٣ - دار احياء التراث العربي - بيروت .

وبغض النظر عن مسألة استواء المرأة مع الرجل في القدرات العقلية الوهبية والطاقات الفكرية أو تفاوتهما في ذلك ، فان الثابت أن نصيب المرأة من العقل الكسبي الذى ينشأ عن الخبرة والتجارب أقل منه في الرجل ، فالمرأة قليلة الخبرة بالقضايا المالية ، ومايتعلق بها من المداينات والمعاقدات ، وذلك بحكم قرارها في البيت غالبا ، والبيت هو الميدان الطبيعي الذى تمارس فيه وظيفة الأمومة والتربية والعناية بالطفل جسميا وخلقيا وسلوكيا لينشأ انسانا سويا ، ولبنة صالحة في صرح المجتمع ، وهى وظيفة جد خطيرة وكبيرة ، تستدعى من المرأة الاهتمام بها ، والتفرغ لها ، وعدم الانشغال بالقضايا المالية ، ومعاقداتها وتعقيداتها، وقد كفى الاسلام المرأة مؤونة ذلك بتحميل الرجل مسئولية القوامة على المرأة ، وتكليفه بالانفاق عليها ورعاية شئونها.

واذا كانت تلك طبيعة المرأة ، وذلك واقعها ، فانه يصعب على المرأة الواحدة أن تحيط بكل دقائق القضية المادية أو المالية ، وأن تلم بكل جوانبها وملابساتها ، فتتعاون المرأتان على استذكار تفاصيل القضية وما احتف بها من قرائن وظروف(١٥٤).

وقد يكون سبب النقص أو الارتياب في شهادة المرأة الواحدة ماجبلت عليه نفسية المرأة من قوة العاطفة وشدة الانفعال وسرعة التأثر ، وهى صفات هيأ الله بها المرأة للقيام بوظيفة الأمومة على خير وجه ، وتجعلها شديدة الاستجابة الوجدانية الانفعالية لتلبية مطالب الطفل بسرعة ونشاط من غير تردد أو تأخير أو اطالة في التفكير ، وهذه

---

(١٥٤) انظر : تفسير المنار ١٢٤/٣ - دار المعرفة - بيروت ، وانظر : تفسير المراغي ٧٥/٣- ط مصطفى الحلبي ١٣٨٢ / ١٩٦٢ م ، في ظلال القرآن / سيد قطب ٣٣٦/١ - دار الشروق ، الطبعة الثالثة ١٣٩٧/ ١٩٧٧ م.

الصفات جزء من كيان المرأة السوية ، وهى صفات كمال بالنسبة للتربية والأمومة ، ولكنها تنعكس نقصا وسلبا في القضايا الأخرى ، كالشهادة في المنازعات أو المداينات أو المعاوضات ، مما يحتاج الى تجرد وموضوعية ، وبعد عن التأثر بعاطفة أو انفعال(١٥٥).

وقد تكون الشبهة في شهادة المرأة آتية كذلك من جهة مايعترى المرأة من العوارض النسوية المتكررة في الأشهر والأعوام كالحيض والولادة والرضاع ، مما يسبب للمرأة ألما نفسيا وبدنيا ، ويؤثر على قدراتها العقلية والجسمية معا . هذا بالاضافة الى انشغال المرأة بشئون البيت وتربية الأطفال ، وما فيها من معاناة وارهاق للأعصاب ، مما يضعف ذاكرتها في غير مجال اهتمامها واختصاصها.

واذا كانت طبيعة المرأة على النحو الذي ذكرنا تحمل على الشك في شهادتها منفردة فبالأولى أن يشك في صلوحها للقضاء ، وهو أحوج الى كثرة الخبرة وعمق التجربة وسعة الاطلاع ، والتزام الحيدة والموضوعية والتجرد عن ايحاء العواطف والرغبات . واذا أمكن جبر النقص في شهادة المرأة بالعدد فلا يتأتى مثل ذلك في القضاء .

فان قيل : ان القضاء يختلف عن الشهادة ، فالشهادة عامة لايختص بها فرد دون آخر اذا تحققت العدالة وانتفت التهمة ، فكانت الشاهدة الواحدة من النساء مظنة الضلال والنسيان ، وأما القضاء فأمر مختص بمن توفرت فيه شروط معينة غير العدالة من أهمها الاجتهاد ، ومن بلغ رتبة الاجتهاد كان مظنة الكمال والقدرة لا النقص والضعف ، يستوى في ذلك الرجال والنساء .

---

(١٥٥) في ظلال القرآن / سيد قطب ٣٣٦/١- دار الشروق - الطبعة الثالثة .

فالجواب أن القاضي لابدله من نوعين من العلم :

الأول : العلم بالقضية المعروضة عليه ، وادراك أبعادها وملابساتها ، وما يتعلق بها من أدلة وقرائن .

الثاني : العلم بالحكم الشرعي المنزل عليها من خلال الاجتهاد والنظر في الأدلة .

وبالتالي فان القدرة على الاجتهاد لاتعني بالضرورة القدرة على معرفة واقع القضية ، والاحاطة بمختلف جوانبها وظروفها . والمرأة عرضة للتأثر بالعاطفة والانفعال في التفسير والتحليل والتقييم والتقدير ، والنظر في الحيثيات والبينات ، مما يجعل حكمها في الغالب مظنة الخطأ والضلال .

ثانيا : من السنة

١- استدلوا (١٥٦) بما رواه البخاري بسنده من حديث عثمان بن الهيثم أن أبا بكرة رضى الله عنه قال: " لقد نفعني الله بكلمة أيام الجمل ، لما بلغ النبي صلى الله عليه وسلم أن فارسا ملكوا ابنة كسرى قال :" لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " (١٥٧) ورواه

---

(١٥٦) انظر : المغني لابن قدامة، مطبوع مع الشرح الكبير ١١/ ٣٨٠- دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع - بيروت ١٤٠٣ / ١٩٨٣ ، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦٥، ط مصطفى الحلبي سنة ١٩٧٣م ، أدب القاضي له ص ٦٢٧ ، تحقيق محي سرحان ، ط الارشاد - بغداد سنة ١٩٧١م ، شرح الأزهار / أحمد بن يحى المرتضى ٤/ ٣١٠ ، نيل الأوطار للشوكاني - ١٠/٢٥٣- ٢٥٤، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة سنة ١٣٩٨ /١٩٧٨ ، تحقيق طه عبد الرؤوف ومصطفى الهراوى ، فتح القدير لابن الهمام ٧/٤٨٥- ٤٨٦ ، نهاية المحتاج للرملي ٨/٢٣٨.

(١٥٧) البخاري بحاشية السندي ٤/٢٢٨ - دار المعرفة - بيروت .

الترمذي (١٥٨) والنسائي (١٥٩) ، والبيهقي (١٦٠).

ووجه الاستدلال أن الحديث خبر في معنى النهى ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم لايقصد مجرد الاخبار عن عدم فلاح القوم الذين يسندون أمرهم الى المرأة ، لأن وظيفته صلى الله عليه وسلم أن يبين لأمته ما يحل لها وما يحرم عليها ، وانما يقصد نهى أمته عن التشبه بالفرس فى اسناد الأمور العامة الى النساء .

ولو سلمنا أنه خبر محض ، ففيه اخبار عن أن اسناد الولايات الى النساء مجلبة لعدم الفلاح ، وخبر الصادق لايتخلف ، والنكرة في سياق النفي تفيد العموم (١٦١)، وقد جاء ذلك بشكل قاطع ، وحرف " لن " في الحديث يفيد التأبيد ، ونحن مأمورون بفعل مايجلب الفلاح ، ومنهيون عما لايجلبه .

وجاء في بعض الروايات الاخبار بهلاك الرجال عند اسناد الأمر الى النساء ، فقد روى أحمد بسنده من حديث أحمد بن عبد الملك عن أبي بكرة أنه شهد النبي صلى الله عليه وسلم أتاه بشير يبشره بظفر جندله على عدوهم ، ورأسه في حجر عائشة رضى الله عنها فقام فخر ساجدا ، ثم أنشأ يسائل البشير ، فأخبره فيما أخبره أنه ولي أمرهم امرأة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم :" الآن هلكت الرجال اذا أطاعت النساء ، هلكت الرجال

---

(١٥٨) رواه الترمذي من حديث محمد بن المثنى - جامع الترمذي بعارضة الأحوذى ٥٤١/٦- ٥٤٢ ،

(١٥٩) رواه النسائي من حديث محمد بن المثنى - سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي ٢٢٧/٨- دار الكتاب العربي - بيروت .

(١٦٠) رواه البيهقي في باب " لايأتم رجل بامرأة " - سنن البيهيي ٩٠/٣ .

(١٦١) شرح المنار لابن الملك على متن المنار في الأصول للنسفي ص ٣٢٢ ، طبع سنة ١٣١٥ هـ ، أصول الفقه / د. بدران أبو العينين ص ٣٧٣ ، مؤسسة شباب الجامعة - الاسكندرية .

اذا أطاعت النساء " ثلاث" (١٦٢)

فتولية النساء سدة الأمر يقود الى هلاك الرجال ، ونحن مأمورون بتجنب مايؤدي الى الهلاك . وهذا يؤول الى تحريم تولية النساء الولايات ، لأن مالا يتم الواجب الابه فهو واجب .

واعتبر الجمهور أن الحديث يتناول بعمومه جميع الولايات التى تحتاج الأمة الى من يقوم بأمر ها ؛ لأن كلمة " أمرهم " مفرد مضاف الى معرفة ، وهو من مقتضيات العموم ، مالم يتحقق خصوص بأن يكون للعهد ، وذلك لأن العموم متبادر منه الى الذهن ، والتبادر علامة الحقيقة ، كما يصح الاستثناء منه ، وهو معيار العموم ، وهذا هو الراجح عند علماء الأصول ، وقد صرح الرازي أن المفرد المضاف يعم ، مع اختياره أن المعروف بالألف وا للام لايعم ، واعتبر الصفى الهندي في النهاية أن عموم الاضافة أقوى من عموم المحلى بأل ، ولهذا لو حلف : لايشرب الماء ، حنث بشرب القليل منه لعدم تناهي أفراده ، ولو حلف : لايشرف ماء البحر ، لايحنث الا بكله (١٦٣).

والعام عمومه شمولي كلي ، والقضية المحكوم فيها عليه في قوة قضايا بعدد أفراد ، فكانت دلالته على كل فرد من أفراده دلاله مطابقة ، فاذا قال شخص : نجح الطلاب .

---

(١٦٢) مسند أحمد ٥/٤٥ - المكتب الاسلامي ، ورواه الحاكم في المستدرك وقال : " هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه " ووافقه الذهبي في التخليص - المستدرك ومعه التخليص ٤/٢٩١ .

(١٦٣) انظر : ارشاد الفحول للشوكاني ص ١٢٠ - ١٢١، الطبعة الأولى - مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٥٦ هـ.

في الامتحان ، كان هذا في قوة قوله : فلان وفلان ...الخ (١٦٤)

وعلى هذا فكأن الحديث قال : لن يفلح قوم ولوا امرأة الخلافة ، ولن يفلح قوم ولوا امرأة الوزارة ، ولن يفلح قوم ولوا امرأة القضاء ... وهكذا .

وبهذا العموم يكون الحديث شاملا للولايات العامة والخاصة ، الا أن الاجماع قام على استثناء الولايات الخاصة ، فجاز اسنادها للمرأة .

ويرى بعضهم أن السر في هذا هو نقصان المرأة عقلا ودينا ، وهى علة منصوصة في السنة الصحيحة ، وذلك في الحديث الذي رواه البخاري وغيره :" مارأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل العاقل منكن ..." الحديث ، وقد مر ذكره ، وهذا وصف لازم للمرأة مرتبط بفطرتها ، والمرجح في الأصول عند الجمهور أن مثل هذا هذا النهي يقتضي البطلان ، (١٦٥) فلا تجوز ولاية المرأة القضاء ، ولاينفذ قضاؤها ان وليت (١٦٦).

---

(١٦٤) انظر : نشر البنود على مراقي السعود لعبد الله ابراهيم الشنقيطي ٢٠٩،٢٠٥/١-دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٠٩ / ١٩٨٨م ، وانظر : ارشاد الفحول للشوكاني ص ١١٤ ، الطبعة الأولى ، مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٥٦

(١٦٥) سبق أن ذكرنا آراء العلماء في أثر النهي من حيث الصحة والبطلان أثناء الحديث عن مذهب الحنفية في قضاء المرأة ، فليراجع .

(١٦٦) انظر : نيل الأوطار للشوكاني٢٥٥/١٠ ، مكتبة الكليات الأزهرية ، النظام القضائي في الفقه الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ص٩٣ ،مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع الطبعة الأولى ، القضاء في الشريعة الاسلامية / د. فاروق عبد العليم ص ١٤٩- عالم المعرفة للنشر والتوزيع - جدة ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥ / ١٩٨٥ م ، القاضي والبينة /عبد الحسيب عبد السلام ص ٢٤٣ ، مكتبة المعلا - الكويت - الطبعة الأولى، مذكرات محاضرات في علم القضاء /د . عبد العال عطوة ص ٦٦.

والتحقيق أن العلة في هذا النهي هى الأنوثة التي جاءت كلمة " امرأة" في الحديث عنوانا لها ، وناط الحكم بها ، وليس نقصان العقل والدين ؛ لعدم انضباطه وعدم تحققه في كل امرأة ، فكم من امرأة أعقل وأتقى من كثير من الرجال.

مناقشة هذا الدليل

يمكن مناقشته من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : يمكن الاعتراض على هذا الدليل بأن مناسبته تدل على أنه وارد في ولاية الملك عند الفرس (١٦٧) ، وهى تشبه الخلافة عند المسلمين ، وقد ذهب كثير من العلماء كمالك وأبي ثور والمزنى وأحمد في قول والشافعي في قول منسوب اليه (١٦٨)

---

(١٦٧) جاء في سبب الحديث ، كما في عارضة الأحوذى :" أن شيرويه - ابن كسرى - لما قتل أباه كان أبوه لما عرف أن ابنه قد عمل على قتله احتال على قتل ابنه بعد موته ، فعمل في بعض خزائنه المختصة به حقا مسموما ، وكتب عليه حق الجماع ، من تناول منه كذا جامع كذا ، فقرأه شيرويه ، فتناول منه فكان فيه هلاكه ، فلم يعش بعد أبيه سوى سته أشهر ، فلما مات لم يخلف أخا ، لأنه كان قد قتل اخوته حرصا على الملك ، ولم يخلف ذكرا ، وكرهوا خروج الملك عن ذلك البيت ، فملكوا المرأة واسمها بوران ، ذكر ذلك ابن قتيبة في المغازي.."

عارضة الأحوذي شرح صحيح الترمذي لابن العربي المالكي ٥٤١/٦- ٥٤٢ - حديث رقم (٢٣٦٥)- دار الفكر سنة ١٣٨٥هـ /١٩٦٥م.

(١٦٨) نسبه اليه ابن الحاجب في المختصر ، مطبوع مع شرح العضد وحاشية التفتازاني ١٠٩/٢ - مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٣٩٣هـ /١٩٧٣م، التحرير لابن الهمام مع شرحه التيسير لأمير بادشاه ٢٥٧/١ - دار الكتب العلمية - بيروت . وذكر في التبصرة أنه مذهب لبعض الشافعية ، التبصرة في أصول الفقه الشيرازى ،ص ١٩٣ - دار الفكر - دمشق ١٤٠٠/ ١٩٨٠م. ونقل الدكتور محمد حسن هيتو عن ابن السبكي أنه قال : فى رفع الحاجب : " والثابت عن الشافعي الصحيح من مذهبه العموم " - انظر : هامش التبصرة - ص ١٩٣.

الى أن العبرة بخصوص السبب لابعموم اللفظ ؛ لأنه لو لم يكن مخصصا لعرى عن الفائدة ، ولما نقله الراوي (١٦٩) .

كما ذكر المالكية انه اذا سيق الكلام لمعنى لايستدل به على غيره ؛ لأن داعية المتكلم منصرفة لما توجه له ، دون الأمور التى تغايره ، مثل قوله صلى الله عليه وسلم:" سنوا بهم سنة أهل الكتاب (١٧٠) " سيق لبيان أن المجوس يسوى بينهم وبين أهل الكتاب في أخذ الجزية ، فلا يستدل به على جواز نكاح نسائهم وأكل ذبائحهم ، فان الجمهور ردوا على أبي حنيفة حينما استدل بقوله صلى الله عليه وسلم :" فيما سقت السماء العشر " (١٧١) على وجوب الزكاة في كل ماأخرجته الأرض - بأن الكلام انما سيق لبيان الجزء الواجب ، لالبيان الواجب فيه (١٧٢) .

---

(١٦٩) نهاية السول للأسنوى ٤٧٤/٢ - عالم الكتب - بيروت سنة ١٩٨٢ ، التبصرة في أصول الفقه للشيرازي ص١٤٤، تحقيق د. محمد حسن هيتو - دار الفكر - دمشق .

(١٧٠) روي البيهقي بسنده من حديث مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عمر رضى الله عنه ذكر المجوس فقال :" ماادري كيف أصنع في أمرهم ؟ فقال له عبد الرحمن بن عوف : أشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول :" سنوا بهم سنة أهل الكتاب " وسكت عنه ، وذكر أن البخاري روى في الصحيح بسند متصل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر - سنن البيهقي ١٨٩/٩ -١٩٠ .

(١٧١) رواه أحمد والبخاري والترمذى والنسائي وأبو داود وابن ماجه .

انظر : الجامع الصغير بشرح فيض القدير للمناوي ٤٦٠/٤ - دار المعرفة - بيروت - الطبعة الثانية/ ١٣٩١ هـ ١٩٧٢م.

(١٧٢) انظر : العقد المنظوم في الخصوص والعموم للقرافي ٤٤٢/٥، ٤٧٤ ، ٤٧٦ ، ٨٩٠ - تحقيق د. أحمد الختم عبد الله .

ومما يلتقي مع هذا مانقل عن الشافعي من أن العام اذا قصد به المدح أو الذم خرج عن العموم ؛ لأنه لم يقصد في الكلام ، حتى منع بعض الشافعية الاستدلال بقوله تعالى:" والذين يكنزون الذهب والفضة ولاينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم(١٧٣) " على وجوب الزكاة في الحلي ؛ لأن القصد ذم الكانز لابيان التعميم واثبات الحكم في جميع المتناولات اللغوية (١٧٤).

وكلام النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي بكرة سيق لذم الفرس الذين ملكوا امرأة عليهم (١٧٥) ، فلا يحتج به على العموم من جهة اللفظ .

وهناك من الأصوليين كأبي هاشم المعتزلي من نفى العموم عن المعرف ، احتمل العهد أم لا ، فهو عنده للجنس الصادق ببعض الأفراد ، كما ذهب امام الحرمين الى نفيه اذا احتمل معهودا (١٧٦) ، وكون الحديث واردا في مناسبة معينة يمكن أن يكون من هذا القبيل .

---

(١٧٣) سورة التوبة -آية (٣٤) .

(١٧٤) انظر : التبصرة في أصول الفقه للشيرازي ص ١٩٣ - تحقيق د. محمد حسن هيتو- دار الفكر- دمشق سنة ١٤٠٠/١٩٨٠ م ، الاحكام في أصول الأحكام للآمدى ٤٠٦/٢ - ٤٠٧- مكتبة المعارف - الرياض ، تيسير التحرير / امير بادشاه ٢٥٧/١ - دار الكتب العلمية - بيروت ، المسودة في أصول الفقه لآل تيمية - عبد السلام وعبد الحليم وأحمد ص ١٣٣ - تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد - مطبعة المدني - القاهرة .

(١٧٥) انظر : شرح الأزهار لأحمد بن يحى المرتضى٤/ ٣١٠.

(١٧٦) انظر : نشر البنود على مراقي السعود / عبد الله الشنقيطي ٢٠٩/١- ٢١٠ دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٠٩/ ١٩٨٨م .

ويمكن الاجابة العامة عن كل هذا بأن جمهور العلماء على أن العبرة بعموم اللفظ لابخصوص السبب ، كما ذكرنا سابقا ، اجراء للفظ على مايقتضيه من العموم مع انتفاء المقتضي للتخصيص (١٧٧).

نعم لو كان الكلام غير مستقل بنفسه ، ويفتقر الى السبب في البيان ، لكان السبب معادا في الكلام ، واعتبرا بمنزلة الجملة الواحدة ، ولكن حديث أبي بكرة كلام مستقل ، فيبقى على عمومه .

وكون الكلام خرج مخرج الذم أو المدح أو سيق لغرض ما ، لايمنع من قصد العموم ، لعدم التنافي بينهما ، والجمع بين المقصودين أولى من العمل بأحدهما وتعطيل الآخر(١٧٨) .

---

(١٧٧) انظر : تيسير التحرير / أمير بادشاه ٢٦٣/١-٢٦٤- دار الكتب العلمية - بيروت ، التبصرة في أصول الفقه للشيرازي ص ١٤٤ ، تحقيق د. محمد حسن هيتو - دار الفكر - دمشق ١٤٠٠/ ١٩٨٠، حاشية التفتازاني على شرح العضد ١١٠/٢- مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٣٩٣/١٩٧٣ م ، العدة في أصول الفقه لأبي يعلى الفراء ص٥٩٦ ، تحقيق د. أحمد محمد المباركي ، الطبعة الأولى ١٤٠٠/١٩٨٠ م - مؤسسة الرسالة - بيروت .

(١٧٨) انظر : تيسير التحرير / أمير بادشاه ٢٥٧/١ ومابعدها - دار الكتب العملية - بيروت ، الأحكام للآمدي ٤٠٦/٢ ومابعدها - مكتبة المعارف - الرياض ، طباعة دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م ، التبصرة للشيرازي ص ١٩٣ ومابعدها تحقيق د. محمد حسن هيتو - دار الفكر - دمشق ، المسودة في أصول الفقه لآل تيمية -عبد السلام وعبد الحليم وأحمد ص ١٣٣ ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد - مطبعة المدني - القاهرة .

ولكن الحق أن السبب ان لم يصلح لتخصيص عموم اللفظ فانه يصلح لتحديد معناه وبيان المقصود منه ، اذا كان فيه اشتراك أو غموض أو احتمالات يتعذر معها فهم النص الا بملاحظة مااحتف به من ظرف أو مناسبة ، ونحن مأمورون بتدبر النصوص الشرعية ، وقراءتها قراءة فقهية تحليلية ، وهذا لايتم بمجرد التفسير اللغوي ، دون الأخذ بعين الاعتبار ملابسات النص ، والغاية التى يرمي اليها . فمثلا قال صلى الله عليه وسلم : " أنتم أعلم بأمر دنياكم (١٧٩) "، فأمر الدنيا يتسع من حيث اللغة لأحكام المعاملات والاقتصاد والسياسة والحرب ، فهذه في الوقع شئون دنيوية ، واذا أخذنا بظاهر الحديث ومقتضى عمومه فصلنا بين الدين وبين هذه الشئون ، مما يؤدي الى عزل الدين عن الحياة ، فلا مناص لنا من تفسير أمر الدنيا في الحديث على ضوء المناسبة التى قيل فيها ، وهى تأبير النخل ، وهو عمل زراعي فني بحت ، فيكون المقصود الأعمال الفنية المحضة في شئون الزراعة والصناعة والانتاج والاختراع والاحتراف ونحوها . ولفظ "الأمر" الوارد في حديث أبي بكرة رضى الله عنه يكاد يطلق في اللغة على كل شيء، وليس معقولا أن يحمل على هذا العموم ؛ لما يستلزم من سلب أهلية المرأة لحمل أية مسئولية ، والمرأة تكون راعية في البيت ، ومربية للأولاد ، وحافظة للأمانات وشاهدة ومعلمة وكاتبة ، فلابد من تحديد المقصود " بالأمر " من خلال مناسبة الحديث ، وهى تتويج ابنة كسرى ملكة على الفرس ، فيكون المقصود بالأمر الملك ، والذى يقابله الخلافة عند المسلمين ، ومايلحق بها من الوظائف العامة الهامة ، وهو ماذهب اليه القارى في مرقاة المفاتيح حيث قال :" ولوا أمرهم أى أمر ملكهم (١٨٠)".

---

(١٧٩) رواه مسلم في كتاب الفضائل من رواية طلحة ورافع بن خديج وعائشة وأنس - الأحاديث . (٢٣٦١-٢٣٦٣) - تحقيق فواد عبد الباقي .

(١٨٠) مرقاة المفاتيح / على القارى ٤/ ١٣٠ ، دار احياء التراث

ومما يؤنس في ذلك أن راوي الحديث أبا بكرة ذكره بمناسبة خروج عائشة يوم الجمل ، وهو عمل يعتبر من حيث طريقته ذا طابع سياسي ، وله صلة بالإمارة والقيادة ، على الأقل في ظن الراوي أبي بكرة ، وان كان قصدها في الحقيقة الاصلاح بين الناس ، ممايومىء الى أن الحديث وارد في الرئاسة العامة وماكان من قبيلها .

واذا رجعنا كذلك الى روايات الحديث وجدنا في بعض الروايات مايعزز ماقلناه ، فقد جاء في رواية للامام أحمد من حديث يزيد بن هارون :" لايفلح قوم تملكهم امرأة"(١٨١)، وفي رواية المستدرك من حديث بكار بن عبد العزيز :" لن يفلح قوم تملكهم امرأة "، (١٨٢)، وفي رواية للبيهقي :" ملكوا أمرهم امرأة "، (١٨٣) وفي رواية وردت في لسان العرب :" ما أفلح قوم قيمتهم امرأة ". (١٨٤) .

فبهذه الروايات تبين أن المقصود بالأمر في الحديث ، الأمر العام ، الذى هو الامامة العظمى ، وماجرى مجراها من الولايات العامة المختصة بشئون الحكم والسايسة ، وليس كل ولاية في القطاع العام كمعلمة أو واعظة أو كاتبة ونحوها ، والجمع بين الرواية الأولى : " و.... ولوا أمرهم ... " والروايات الأخرى يكون بحمل المطلق على المقيد .

ولكن ياترى هلى نعتبر القضاء من الوظائف الملحقة بالامامة العظمى ، لخطورة

---

(١٨١) مسند الامام أحمد ٤٧/٥ - المكتب الاسلامي .

(١٨٢) المستدرك للحاكم ٢٩١/٤ .

(١٨٣) سنن البيهقي ١١٧/١٠ - ١١٨، باب " لايولى الوالى امرأة ولا فاسقا ولاجاهلا أمرالقضاء "

(١٨٤) لسان العرب / ابن منظور ١٢ / ٥٠٢ - دار صادر - بيروت ، ولم أجد هذه الرواية في كتب السنة المعتمدة .

منصبه ، فيكون مقصورا على الرجال ، أم أنه ملحق بالوظائف الأخرى التى يستوى فيها الرجال والنساء ؟ والذي أراه أنه من حيث ان القضاء مجرد فصل في الخصومات لايقاس على الامامة العظمى وماتشمله من مسئوليات واسعة تتعلق بالجهاد والأمن والجباية والخدمات ، وان كان هذا لايعني أيضا عدم اشتراط الذكورة في القاضي بهذا الاعتبار ، للأدلة الأخرى التى تدعم مذهب الجمهور . وأما بالنظر الى السلطة العملية للقاضي ، ومالها من جوانب متعددة تتعلق بالأرواح والأبدان والأموال ، فيصح قياسه على الامامة العظمى ، ويكون حينئذ داخلا تحت مدلول الحديث .

الوجه الثاني : ذهب بعضهم الى أن النهي المفهوم من الحديث نهى تنزيه ، من قبل أن الاخبار بنفي الفلاح عمن ولوا أمرهم امرأة لايدل بالضرورة على التحريم . (١٨٥)

وهذا في الحقيقة ليس بشيء؛ لأن الفلاح في الاسلام هو نيل مرضاة الله وثوابه ، ودخول الجنة والنجاة من النار ، هذا من الناحية الدينية ، وأما من الناحية الدنيوية فهو الظفر بالمطلوب والنجاة من المرهوب (١٨٦)، فاذا كان تولية المرأة يوءدي الى الحرمان من هذا الفلاح فلا شك أنه محرم أشد التحريم .

الوجه الثالث : يمكن أن نورد ماأوردناه في الوجه الثالث من مناقشة الدليل الأول ،

---

(١٨٥) انظر : حكم تولي المرأة الامامة الكبرى والقضاء / الأمين الحاج محمد أحمد ص ٤٩ - دار المطبوعات الجدية - جدة .

(١٨٦) انظر : الجامع لأحكام القرآن / القرطبي ١٨٢/١- دار القلم - الطبعة الثالثة ١٣٨٦/ ١٩٦٦م.

وهو أن الدليل - على التسليم بعمومية النص لكل ولاية عامة - غير تام التقريب ؛ لأن غاية مافيه نهى الرجال عن استقضاء المرأة ، وليس فيه ما يمنع من استقضاء المرأة على النساء والأحداث ، فلا يكون منتجا لمساوى الدعوى بل للأخص فقط ، وذلك من قبل أن كلمة " القوم " في اللغة للمذكرين خاصة ، جاء في معجم مقاييس اللغة :" القوم " يقولون جمع امرىء ، ولايكون ذلك الا للرجال ، قال الله تعالى : " لايسخر قوم من قوم" ثم قال :" ولانساء من نساء " . (١٨٧)

وقال زهير :

وماأدري وسوف أخال أدري أقوم آل حصن أم نساء ؟(١٨٨)

وسمي الرجال قوما لأنهم يقومون مع داعيهم في الشدائد ، (١٨٩) أو لأنهم يقوموم بأمور النساء ، وهى في الأصل جمع قائم، كصوم وزور في جمع صائم وزائر ، أو تسمية بالمصدر ، عن بعض العرب :" اذا أكلت طعاما أحببت نوما وأبغضت قوما " أي قياما ،(١٩٠)، ثم استعمل في كل جماعة وان لم يكونوا قائمين .

---

(١٨٧) سورة الحجرات -آية (١١) .

(١٨٨) معجم مقاييس اللغة / ابن فارس ٤٣/٥ تحقيق عبد السلام هارون - دار الكتب العلمية قم - ايران ، وانظر : لسان العرب / ابن منظور ٥٠٢/١٢ - دار صادر - بيروت ، وانظر : الكوكب الدرى للأسنوي ص ٢٨٢- ٢٨٣ ، تحقيق د. محمد حسن عواد - دار عمار للنشر والتوزيع - الأردن سنة ١٤٠٥ هـ.

(١٨٩) تفسير القرطبي ٣٢٥/١٦- دار الكاتب العربي للطباعة والنشر ، مصورة عن طبعة دار الكتب ١٣٨٧ هـ /١٩٦٧ م.

(١٩٠) الكشاف للزمخشرى ٥٦٥/٣ - دار الفكر ، ومعه حاشية الجرجاني وكتاب الانصاف .

قال القرطبي في قوله تعالى :" ولوطا اذ قال لقومه " (١٩١) أراد الرجال دون النساء ".(١٩٢) ومن فروع المسألة على ما ذكر الأسنوي أنه اذا أوصى انسان لقوم زيد أو أوقف عليهم لم يصرف للاناث منهم شيء .(١٩٣)

ويمكن أن نجيب على ذلك بأن اطلاق القوم على الرجال خاصة لايمنع من دخول النساء فيها عرفا أومجازا ، كما في قوله تعالى :" انا أرسلنا نوحا الى قومه "، (١٩٤) وكل نبي أرسل الى النساء والرجال ، بل أن العلماء ذهبوا الى أن الجمع السالم الخاص بعلامة التذكير ، مثل : المسلمين والمؤمنين ، يدخل فيه الاناث حقيقة أومجازا ؛ لأن المألوف في لغة العرب أنه اذا اجتمع التذكير والتأنيث غلبوا جانب التذكير ، وأكثر خطابات الشرع جاءت بصيغة المذكر مع انعقاد الاجماع على دخول النساء فيها مالم يرد دليل التخصيص .(١٩٥)

فإذا اعتبرنا الحديث -محل البحث - شاملا للقضاء ، فلا فرق بين الرجل وغيرهم في الأحكام المتعلقة به ، ويكون الدليل تام التقريب .

---

(١٩١) سورة الأعراف آية (٨٠) .

(١٩٢) تفسير القرطبي ٤٠٠/١ - دار الكاتب العربي العربي للطباعة والنشر - ١٩٦٧/١٣٨٧م

(١٩٣) الكوكب الدرى للأسنوى ص ٢٨٢ - ٢٨٣ ، تحقيق د. محمد حسن عواد ، دار عمار للنشر والتوزيع - الأرن سنة ١٤٠٥ هـ.

(١٩٤) سورة نوح - آية (١) .

(١٩٥) انظر : الأحكام للآمدي ٣٨٦/٢ ومابعدها - دار الكتب العلمية - بيروت - سنة ١٩٨٠/١٤٠٠ م ، تيسير التحرير / أمير بادشاه ٢٣١/١ ومابعدها - دار الكتب العلمية - بيروت .

٢- استدلوا بما جاء في بعض الروايات :" أخروهن من حيث أخرهن الله ". (١٩٦) والقضاء تقديم فلا يجوز للمرأة .

ولكن في الواقع هذا لايصلح للاحتجاج ؛ لأنه كلام ابن مسعود على الأصح ، قال السخاوي في المقاصد : " قال الزركشي : عزوه للصحيحين غلط . قلت : وكذا من عزاه لدلائل البيهقي مرفوعا ، ولمسند رزين ، ولكنه في مصنف عبد الرزاق ، ومن طريقه الطبراني من قول ابن مسعود في حديث أوله :" كان في بني اسرائيل الرجل والمرأة يصلون جميعا ...، الحديث ". (١٩٧)

وجاء في كشف الخفاء أن القارى نقل في الموضوعات عن ابن الهمام أنه قال في شرح الهداية :" لايثبت رفعه فضلا عن شهرته ، والصحيح أنه موقوف على ابن مسعود"(١٩٨) ونقل مثل ذلك عن السيوطي (١٩٩) أيضا.

والحديث كما هو واضح وارد في ترتيب الصلاة ، فصفوف الرجال تكون أولا ثم الصبيان ثم النساء ، وقد ورد عن أبي هريرة مرفوعا في خير صفوف الرجال وشرها ، وغيره من الأحاديث .(٢٠٠)

---

(١٩٦) أدب القاضي للماوردي ص ٧٢٦ ، تحقيق محي سرحان ، مطبعة الارشاد - بغداد ، شرح الأزهار / أحمد بن يحى المرتضى ٤/ ٣١٠ ، تكملة المجموع للمطيعي على المهذب للشيرازي ١٩/ ١١٤- المكتبة العالمية .

(١٩٧) المقاصد الحسنة للسخاوي ص ٢٨ - مكتبة الخانجي بمصر ومكتبة المثنى ببغداد سنة ١٣٧٥/ ١٩٥٦ م .

(١٩٨) كشف الخفاء / اسماعيل العجلوني ١/ ٦٧.

(١٩٩) الدرر المنتثرة في الأحاديث المشتهرة للسيوطي ص ٤٥ ، تحقيق محمد لطفي الصباغ ، جامعة الملك سعود - الرياض سنة ١٩٨٣ م .

(٢٠٠) انظر : المقاصد الحسنة للسخاوي ص ٢٨ - مكتبة الخانجي بمصر ومكتبة المثنى - بغداد .

وان قيل : ان العبرة بعموم اللفظ لابخصوص السبب فالجواب : يجب أن نفرق بين العموم في جنس السبب والعموم في لفظ آخر غير السبب ، فالعموم في الثاني ضعيف بخلاف الأول (٢٠١) .

وعلى هذا فعموم الحديث ينسحب على الاجتماعات التي يحضرها الرجال والنساء للصلاة أو لغيرها ، ولايمنع من تقديم المرأة فيما تبرز فيه في مجال العلوم والأعمال اللائقة بها .

٣- استدل بعضهم بما رواه بريدة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " القضاء ثلاثة : واحد في الجنة واثنان في النار ، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به ، ورجل عرف الحق وجار في الحكم فهو في النار ، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار " رواه ابن ماجه وأبو داود . (٢٠٢)

قال صاحب منتقى الأخبار :" وهو دليل على اشتراط كون القاضي رجلا " (٢٠٣) وقال الشوكاني : " فدل بمفهومه على خروج المرأة ". (٢٠٤)

---

(٢٠١) المسودة في أصول الفقه / آل تيمية : عبد السلام وعبد الحليم وأحمد ص ١٣١ - مطبعة المدني - القاهرة - تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد .

(٢٠٢) منتقى الأخبارمع شرحه : نيل الأوطار ٢٥٤/١٠ - مكتبة الكليات الأزهرية ، ١٣٩٨/ ١٩٧٨ ، تحقيق طه عبد الرؤوف ومصطفى الهراوى ، وقال الشوكاني في النيل :" أخرجه أيضا الترمذي والنسائي والحاكم وصححه : وقال الحاكم في علوم الحديث : تفرد به الخراسانيون ، ورواته مراوزة . وقال الحافظ : له طرق غير هذه جمعها في جزء مفرد ".

(٢٠٣) المرجع السابق ٢٥٥/١٠ .

(٢٠٤) المرجع السابق

ولكن لا أرى في هذا حجة ؛ لأنه مبني على مفهوم اللقب ، (٢٠٥) واللقب اذا كان لفظا جامدا لايومىء الى وصف يقيد الحكم ، لايؤخذ منه حكم بمهوم المخالفة عند جمهور العلماء ،خلافا لأبي بكر الدقاق وبعض الحنابلة ؛ لأنه لايوجد قيد يثبت الحكم في وجوده وينتفي بنفيه(٢٠٦) .

ثالثا - من الاجماع :

ذهب غير واحد الى الاستدلال بالاجماع على منع تولي القضاء ، وعلى بطلان قضائها ، واعتبر الماوردي قول الطبري خرقا للاجماع -(٢٠٧) كما مر أثناء الحديث عن مذهبه أي الطبري - اذ كان الاجماع منعقدا على ذلك قبل ظهور الآراء المخالفة ، ولاعبرة بخلاف من خالف بعد انقراض عصر المجمعين ، قال تعالى :" ومن يشاقق الرسول من بعدما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ماتولى ونصله جهنم وساءت مصيرا "، (٢٠٨)

---

(٢٠٥) مفهوم اللقب : هو تعليق الحكم بالاسم العلم ، نحو: قام زيد ، أو اسم النوع ، أو اسم الجنس نحو: في الغنم زكاة - انظر : البدخشي ٣١٤/١ ، مطبوع مع شرح الأسنوي . مطبعة صبيح بمصر .

(٢٠٦) انظر : شرح البدخشي ٣١٤/١- ٣١٥ - مطبعة صبيح بمصر . أصول الفقة الاسلامي / أبو زهرة ص١٥٢ - دار الفكر العربي .

(٢٠٧) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦٥ - مطبعة مصطفى الحلبي - الطبعة الثالثة ، وانظر : القاضي والبينة / عبد الحسيب عبد السلام ص ٢٤٦ - مكتبة المعلا - الكويت ، نظام القضاء في الاسلام/ المستشار جمال المرصفاوى ص٣١ من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الاسلامي الذي عقدته جامعة الامام محمد بن سعود بالرياض سنة ١٣٩٦ هـ طبع سنة ١٤٠١/١٩٨١م ، النظام القضائي في الفقه الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ص ٩٥ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى

(٢٠٨) سورة النساء- آية (١١٥) .

وقد ذهب جمهور العلماء الى امكان الاجماع في عصر الصحابة ومن بعدهم .

ويمكن مناقشة ذلك بأن الاجماع في مثل هذه المسألة أمر متعذر أو متعسر؛ لأن التحقق من عدم المخالف يحتاج الى استقراء شامل ونقل صحيح (٢٠٩) ، وقد جاء عن أحمد في رواية وعن بعض الأصوليين كالشوكاني (٢١٠) أن العلم به غير ممكن مطلقا ، نقل عن أحمد :" من ادعى الاجماع فهو كاذب ، لعل الناس اختلفوا ومايدريه ولم ينته اليه، فليقل : لانعلم الناس اختلفوا "(٢١١) ، وان كان هذا في الصحيح ليس على ظاهره - كما أخبر بعضهم ، وانما قاله عن طريق الورع لجواز أن يكون هناك خلاف لم يبلغ مدعي

---

(٢٠٩) انظر : دراسات حول الاجماع والقياس / د. شعبان محمد اسماعيل ص ٥٢ - مكتبة النهضة المصرية .

(٢١٠) قال الشوكاني في ارشاد الفحول : "ومن ذلك الذي يعرف جميع المجتهدين من الأمة في الشرق والغرب وسائر البلاد الاسلامية !؟ فان العمر يفنى دون مجرد البلوغ الى كل مكان من الأمكنة التى يسكنها أهل العلم ، فضلا عن اختبار أحوالهم ، ومعرفة من هومن أهل الاجماع منهم ومن لم يكن من أهله ، ومعرفة كونه قال بذلك أو لم يقل به ، والبحث عمن هو خامل من أهل الاجتهاد ، بحيث لايخفى على الناقل فرد من أفرادهم ، فان ذلك قد يخفى على الباحث في المدينة الواحدة ، فضلا عن الاقليم الواحد ، فضلا عن جميع الأقاليم التى فيها أهل الاسلام ، ومن أنصف من نفسه علم أنه لاعلم عند علماء الشرق بجملة علماء الغرب وبالعكس ، فضلا عن العلم بكل واحد منهم على التفصيل ، وبكيفية مذهبه ، وبما يقوله في تلك المسألة بعينها..." ثم قال : " ومن ادعى أنه أنه يتمكن النافل للاجماع من معرفة كل من يعتبر فيه من علماء الدنيا فقد أسرف في الدعوى وجازف في القول لما قدمنا من تعذر ذلك تعذرا واضحا " - ارشاد الفحول للشوكاني ص٧٢-٧٣ - الطبعة الأولى طبعة مصطفى الحلبي١٣٥٦هـ.

(٢١١) انظر : المسودة في أصول الفقه / آل تيمية : عبد السلام وعبد الحليم وأحمد ، ص ٣١٥ - تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد - مطبعة المدني - القاهرة .

وانظر : دراسات حول الاجماع والقياس د. شعبان محمد اسماعيل ص ٤٠ - مكتبة النهضة المصرية .

الاجماع، وهذا في حق من ليس له معرفة بخلاف السلف .(٢١٢)وذهب الظاهرية وأحمد في رواية الى امكانه في عصر الصحابة فقط ، وقال الشيخ أبو زهرة في أصول الفقه : " ... لايبتعد عن الحقيقة من يقول : انه لم يعرف اجماع متفق على وقوعه غير اجماع الصحابة ، وهو الذي سلم به الجميع " .(٢١٣)

ومادام هناك مخالف ولو واحداً لاينعقد الاجماع عند أكثر العلماء ؛ لأن " المؤمنين " في قوله تعالى :" ويتبع غير سبيل المؤمنين (٢١٤) " لفظ عام . والأمة في قوله صلى الله عليه وسلم :" لاتجتمع أمتي على ضلالة " (٢١٥) لفظ عام كذلك ، وموضوع لكل أفراد الأمة ، ولأن من الجائز اصابة الأقل وخطأ الأكثر ، كما كشف الوحي عن اصابة عمر رضي الله عنه في أسرى بدر .(٢١٦)

---

(٢١٢) انظر : المسودة في أصول الفقه / آل تيمية : عبد السلام وعبد الحليم وأحمد ص ٣١٦ - تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد - مطبعة المدني - القاهرة ، وجاء فيها : " قد أطلق القول بصحة الاجماع في رواية عبد الله وأبي الحارث ، وادعى الاجماع في رواية الحسن بن ثواب فقال :" ذهب في التبكير من غداة يوم عرفة الى آخر أيام التشريق ، فقيل له : الى أي شيء تذهب ؟ فقال : بالاجماع : عمر وعلى وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس ".

(٢١٣) أصول الفقه / محمد آبو زهرة ، ص ١٥٩ - ١٦٠ - دار الفكر العربي .

(٢١٤) سورة النساء -آية (١١٥).

(٢١٥) ذكر العجلوني أنه رواه أحمد والطبراني وبن أبي خيثمة وبن أبي عاصم وأبو نعيم والحاكم وأعله اللالكائي في السنة ، ورواه ابن مندة والضياء والترمذي وابن ماجه ، ثم قال :" وبالجملة فالحديث مشهور المتن وله أسانيد كثيرة وشواهد عديدة في المرفوع وغيره "- انظر : كشف الخفاء للعجلوني ٣٥٠/٢ .

(٢١٦) شرح الكوكب المنير لابن النجار الحنبلي ٢٢٩/٢ ، تحقيق د. محمد الزحيلي ود. نزيه حماد - جامعة الملك عبد العزيز - مكة المكرمة ١٤٠٠/ ١٩٨٠ م .

وهذه المسألة - محل النزاع - خالف فيها الحنفية من حيث ذهابهم الي صحة قضاء المرأة فيما تشهد فيه مع اثم المولى ، وأبو حنيفة كان في عصر التابعين أو تابعيهم ، وكذلك نقل صحة قضاء المرأة ، أو جواز توليها القضاء - على وجهين - عن الحسن البصري وابن القاسم ، ثم بعد ذلك عن ابن جرير الطبري وابن حزم - كما مر .
وكذلك لاتعتبر هذه المسألة من الاجماع السكوتي في عصر الصحابة لأن الصحابة رضى الله عنهم لم ينقل عنهم قول فيها .

وبعضهم يستدل على نفي الاجماع في عصر الصحابة على ذلك بخروج عائشة يوم الجمل على رأس جيش كبير فيه طلحة والزبير ، متزعمة الثورة على علي كرم الله وجهه.(٢١٧)

ولكن يجاب على ذلك بأن خروجها رضى الله عنها - وان كان له طابع سياسي - الا أنه في الأصل لم يكن للثورة على علي ، ولا للمطالبة بالخلافة ، وانما خرجت بتأثير جماعة من الصحابة وغيرهم للاصلاح بين الناس ، وحقن الدماء ، ولم يكن هدفها قتالاً ولا غايتها تسلطاً أو رئاسة ، ولكن شاء الحكيم العليم أن تتطور الأمور الى غيرما قصدت ، بفعل دعاة الفتنة من القبيلين ، فأوقدوا نار الحرب بين الفريقين على كره منهما (٢١٨).

يقول ابن العربي المالكي :"... وأما خروجها الى حرب الجمل فما خرجت لحرب ، ولكن تعلق الناس بها ، وشكوا اليها ما صاروا اليه من عظيم الفتنة وتهارج الناس ،

---

(٢١٧) انظر : النظام القضائي في الفقة الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ، ص ٩٦ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى .

(٢١٨) انظر : المرجع السابق ، وانظر : فتح الباري لابن حجر ٤٧/١٣ - دار المعرفة - بيروت .

ورجوا بركتها في الاصلاح ، وطمعوا في الاستحياء منها اذا وقفت الى الخلق ، وظنت هى ذلك ، فخرجت مقتدية بالله في قوله : " لاخير في كثير من نجواهم الا من أمر بصدقة أو معروف أو اصلاح بين الناس (٢١٩) " ، وبقوله :" وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما (٢٢٠) " ، والأمر بالاصلاح مخاطب به جميع الناس من ذكر أو أو انثى ، حر أو عبد، فلم يرد الله بسابق قضائه ونافذ حكمه أن يقع اصلاح ، ولكن جرت مطاعنات وجراحات حتى كاد يفنى الفريقان ..." (٢٢١)

ثم ان خروجها رضى الله عنها كان اجتهادا خاطئا وقد رجعت عنه وندمت عليه ، كما روى الطبري بسند صحيح عن أبي يزيد المديني قال : " قال عمار بن ياسر لعائشة لما فرغوا من الجمل : ما أبعد هذا السير من العهد الذى عهد اليكن - يشير الى قوله تعالى : "وقرن في بيوتكن "... فقالت : أبو اليقظان ؟ قال : نعم ، قالت : والله انك - ماعلمت لقوال بالحق " قال : الحمد لله ، الذى قضى لي على لسانك " . (٢٢٢)

ولو صح الاجماع في عصر الصابة لكان سكوتيا ، وهو لايعتبر حجة عند كثير من العلماء، منهم المالكية وبعض الحنفية والشافعي في أحد أقواله؛ لأنه لاينسب الى ساكت قول، ولاحتمال أن يكون السكوت لعدم الاجتهاد في القضية أو للتوقف فيها ، أوللذهاب الى

---

(٢١٩) سورة النساء - آية (١١٤) .

(٢٢٠) سورة الحجرات- آية (٩).

(٢٢١) أحكام القرآن لابن العربي ٥٦٩/٣- ٥٧٠- دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى - سنة ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨م .

(٢٢٢) انظر : فتح البارى ٤٩/١٣ - دار المعرفة - بيروت .

تصويب كل مجتهد ، أو لتوقير أو مهابة ونحوهما ،(٢٢٣) والدليل ان تطرق اليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

غير أن الراجح في نظرى أن الاجماع السكوتي حجة قاطعة ، ان تحققت شرروطه(٢٢٤) ، واحتفت به القرائن الدالة على العلم والرضى ، وكانت القضية محل الاجماع على جانب من الشهرة والأهمية عند العلماء ، وذلك لانتفاء الاحتمالات التي ذكرها المخالفون في هذه الحالة ، والسكوت حينئذ دليل الموافقة ، والعادة أن يفزع العلماء الى الاجتهاد وابداء الرأى في النوازل ، وأن لايكتموا الخلاف ان وجد ، والأدلة التى دلت على

---

(٢٢٣) انظر : التبصرة للشيرازي ص ٣٩١ - تحقيق د. محمد حسن هيتو ، دار الفكر - دمشق ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م ، التحصيل للأرموي ٦٦/٢ - تحقيق د. عبد الحميد أبو زنيد - مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى ١٤٠٨/ ١٩٨٨ م ، نشر البنود للشنقيطي ٩٣/١ - دار الكتب العلمية- بيروت ، أصول الفقه الاسلامي / د. زكى الدين شعبان ص ٨٦- دار نافع للطباعة والنشر .

(٢٢٤) خلاصة هذه الشروط ما يلي :-

١- ان لايقترن بالسكوت مايدل على الرفض .

٢- أن يمضي على المسألة المجتهد فيها وقت كاف لمدارسة الآخرين لها وتكوين الرأي فيها .

٣- التحقق من أن السكوت ليس نتيجة خوف أوحياء أو تعظيم .

٤- أن تبلغ المسألة المجتهد فيها جمع المجتهدين حتى يمكن ابداء الرأي فيها .

٥- أن يكون السكوت قبل استقرار المذاهب لأن السكوت بعد ذلك قد يكون لاعتمادهم على معرفة مذاهبهم في تلك المسألة ، فلا يكون دليلا على الموافقة -انظر : دراسات حول الاجماع والقياس د. شعبان محمد اسماعيل ص ٨٥ - مكتبة النهضة المصرية ، أصول الفقة الاسلامي / أحمد محمود الشافعي ص ٩١ - مؤسسة الثقافة الجامعية سنة ١٩٨٣ م .

الاجماع لم تفرق بين نوعيه : الصريح والسكوتي ، فكان قطعيا فيهما علي السواء.(٢٢٥) وهو ممكن الوقوع ، وخاصة في عصر الصحابة رضى الله عنهم ، لأنهم كانوا محصورين ومعروفين . ولكن في تقديري لانستطيع اعتبار هذه المسألة - محل البحث - من مسائل الاجماع ، لافي عصر الصحابة ولا فيما تلاهم من العصور ، وذلك للاعتبارات السابقة .

رابعا - من القياس :

استدلوا بالقياس من ثلاثة وجوه :

الأول : لايجوز للمرأة أن تؤم في الصلاة مع جواز امامة الفاسق فكان المنع من القضاء الذي لايصح من الفاسق أولى .

الثاني : لايجوز للمرأة أن تتولى الامامة العظمى بالاجماع فتمنع من القضاء قياسا عليها .

الثالث : ان من لم ينفذ حكمه في الحدود لم ينفذ في غير الحدود كالأعمى ، وهذا رد على الحنفية خاصة الذين يجيزون قضاء المرأة في غير الحدود والقصاص . (٢٢٦)

ويمكن مناقشة ذلك بما يلي :

١- بالنسبة للقياس الأولى على امامة الصلاة فان أحكام الامامة من الأمور التعبدية

---

(٢٢٥) انظر : الأحكام في أصول الأحكام للآمدي ٣٦١/١ دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٩٨٠ م ، التبصرة في أصول الفقه للشيرازي ص ٣٩١ وما بعدها - تحقيق د. محمد حسن هيتو ، دار الفكر - دمشق سنة ١٤٠٠ / ١٩٨٠ م ، أصول الفقه الاسلامي / زكي الدين شعبان ص ٨٦ - دار الكتاب بالجامعي - القاهرة ، شرح الكوكب المنير لابن النجار الحنبلي ٢٥٣/٢ - تحقيق د. محمد الزحيلي ود. نزيه حماد- جامعة الملك عبد العزيز عبد العزيز سنة ١٤٠٠ / ١٩٨٠ م .

(٢٢٦) انظر : أدب القاضي للماوردي ص ٦٢٨ ، تحقيق محي سرحان ، مطبعة الارشاد - بغداد .

التى مبناها على التوقيف ولامدخل للقياس فيها ، ثم ان واقع الامامة يختلف عن واقع القضاء ، من حيث ان الامام يركع ويسجد أمام المقتدين ، ولايليق بالمرأة ان تبدي هذه الهيئة امام الرجال ، كما أن المرأة تتعرض أثناء الصلاة للحدث، من حيض واستحاضة فلا تصلح للامامة ، وهذه المعاني منتفية في القضاء .

٢- أما قياس القضاء على الامامة الكبرى ، فقياس مع الفارق ، وقد سبق أن أشرنا الى ذلك ؛ لأن الامام مسئول عن سياسة الرعية وتدبير شئونها وادارة مرافقها وتأمين حاجياتها وقيادة الجيوش ، بخلاف القاضي المقتصر عمله على الفصل بين الخصوم .

ويمكن الرد على هذا بما سبق أن ذكرنا من ان للقاضي - من حيث العرف القائم - سلطة واسعة تجعل له ولاية على كل من له علاقة بقضية تعرض عليه ، والقضايا التى ينظر فيها قد تشمل نواحي أمنية واقتصادية واجتماعية وأخلاقية، فضلا عن مسئوليته عن الوصايا والأوقاف والتركات وشئون اليتامى وماالى ذلك من الأعمال التي لاتستطيع النساء الاضطلاع بها على وجه كامل ، ولذلك يسوغ قياس القضاء على الامامة الكبرى في اشتراط الذكورة .

٣- للحنفية أن يجيبوا على القياس الثالث بأن لايصلح قياس المرأة على الأعمى في ابطال الحكم في الحدود وغيرها ، لأن الأعمى ليس من أهل الشهادة عندهم وعند فريق من العلماء لا في الحدود ولا في غيرها ؛ وأما المرأة فهى من أهل الشهادة في الجملة ، فتقبل شهادتها في الأموال وفي شئون النساء وفى حقوق الأبدان عند بعض العلماء ، فضلا عن أن الظاهرية يقبلون شهادتها في كل شيء .

خامسا : من المعقول :

وذلك من وجهين :

الوجه الأول : أن القضاء يحضره محافل الخصوم والرجال ، ولايليق بالمرأة أن تبرز لمثل هذه المجالس (٢٢٧) ، وهى المأمورة بالقرار في البيت ، ولاتصلح لمحاورة الرجال ومفاوضتهم ندا لند؛ لما يغلب عليها من الحشمة والحياء .

ولعل من المفيد في هذا المقام أن ننقل نص محاورة فقهية جرت في بغداد حول أهلية المرأة لتولي القضاء ذكرها ابن العربي في تفسيره فقال : " وقد تناظر في هذه المسألة القاضي أبو بكر بن الطيب المالكي الأشعري مع أبي الفرج بن طرار شيخ الشافعية ببغداد في مجلس السلطان الأعظم عضد الدولة ، فماحل ونصر ابن طرار لما ينسب الى ابن جرير ، على عادة القوم التجادل على المذاهب ، وان لم يقولوا بها ، استخراجا للأدلة ، وتمرنا في الاستنباط للمعاني ، فقال أبو الفرج بن طرار : الدليل على أن المرأة يجوز أن تحكم أن الغرض من الأحكام تنفيذ القاضي لها ، وسماع البينة عليها ، والفصل بين الخصوم فيها ، وذلك يمكن من المرأة ، كامكانه من الرجل .

فاعترض عليه القاضي أبو بكر ، ونقض كلامه بالامامة الكبر ى ، فان الغرض منها حفظ الثغور ، وتدبير الأمور ، وحماية البيضة ، وقبض الخراج ورده على مستحقيه ، وذلك يتأتى من المرأة كتأتيه من الرجل .

فقال له القاضي أبو بكر : لانسلم أنه أصل الشرع ".

ثم علق ابن العربي بقوله :" ليس كلام الشيخين في هذه المسألة بشيء ؛ فان المرأة

---

(٢٢٧) انظر : المغني لابن قدامة مطبوع مع الشرح الكبير ١١/ ٣٨٠ - دار الكتاب العربي - بيروت سنة ١٤٠٣/ ١٩٨٣ م ، انظر : نظام الحسبة في الاسلام / عبد العزيز محمد مرشد ص٦٢ - مطبعة المدينة - الرياض .

لايتأتى منها أن تبرز الى المجالس ، ولاتخالط الرجال ، ولاتفاوضهم مفاوضة النظير للنظير؛ لأنها ان كانت فتاة حرم النظر اليها وكلامها ، وان كانت متجالة (٢٢٨) برزة(٢٢٩) لم يجمعها والرجال مجلس تزدحم فيه معهم ، وتكون مناظرة لهم ، ولم يفلح قط من تصور هذا ، ولا من اعتقده (٢٣٠) ".

ويمكن أن يناقش ذلك بأن هذه المقولة ليست على الاطلاق ، فلامانع من اجتماع المرأة بالرجال ومخاطبتهم في اطار الحشمة والالتزام ، اذا كان ذلك لغاية مشروعة أو حاجة ملحة، ويمكن ان يكون القضاء من هذا القبيل ؛ لما فيه من أمر بالمعروف ونهى عن المنكر وانصاف للمظلوم وتطبيق لأحكام الله .

وللجمهور أن يجيبوا على ذلك بأن لاحاجة الى قضاء المرأة مع وجود الأكفياء من الرجال .

الوجه الثاني : ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يول امرأة القضاء ، ولم يفعل ذلك أصحابه من بعده ، ولم يحصل سابقة له في عصر من العصور الاسلامية ، ولو جاز لم يخل منه عصر من العصور ، وقد اعتبر الباجي أن ذلك من أقوى الأدلة على منع المرأة من القضاء اذ قال : " ويكفي في ذلك عندي عمل المسلمين من عهد النبي صلى الله عليه وسلم ، لانعلم أنه قدم لذلك في عصر من العصور ولا في بلد من البلدان امرأة ، كما لم

---

(٢٢٨) متجالة من التجال وهو التعاظم ، يقال : فلا يتجال عن ذلك أي يترفع عنه - الصحاح للجوهري ١٦٦١/٤ - دار العلم للملايين - بيروت ، ط ٢. ١٣٩٩ /١٩٧٩م .

(٢٢٩) برزة : جليلة تبرز وتجلس للناس - الصحاح للجوهرى ٨٦٤/٣ - باب " برز "- تحقيق أحمد عبد الغفور - دار العلم للملايين - بيروت ، ط ٢. ١٣٩٩هـ /١٩٧٩م.

(٢٣٠) أحكام القرآن لابن العربي ٤٨٣/٣ - دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٠٨ / ١٩٨٨ م.

يقدم للامامة امرأة ". (٢٣١)

ونحن مأمورون بالتأسي بسنة النبي صلى الله عليه وسلم فعلا وتركا ، جاء في ارشاد الفحول :: قال ابن السمعاني : اذ ترك الرسول شيئا وجب علينا متابعته فيه ، ألاترى أنه صلى الله عليه وسصلم لما قدم اليه الضب فأمسك عنه فترك أكله ، أمسك عنه الصحابة وتركوه الى أن قال لهم : انه ليس بأرض قومي فأجدني أعافه ، وأذن لهم في أكله". (٢٣٢)

فلا يصح تولية المرأة القضاء : لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعله ، ولاأحد من أصحابه أو ممن جاء بعدهم .

ويمكن للمعترض أن يقول : ان تركه صلى الله عليه وسلم لذلك لايدل على التحريم بالضرورة : لأنه صلى الله عليه وسلم يترك المحرم والمكروه وخلاف الأولى وبعض المباحات ، فلعله صلى الله عليه وسلم لم يستقض امرأة لعدم الحاجة أو لوجود الأفضل من الرجال ، وكذلك احجام الصحابة ومن بعدهم عن ذلك يمكن أن يكون لهذا السبب ، فاذا قامت الحاجة ، ووجدت المؤهلات ، فالأمر يختلف حينئذ .

ولكن في الواقع ان الحاجة للقضاء كانت موجودة ، والمتفوقات في علوم الدين كن متوفرات على مر العصور ، ولم يحصل أن اعتلت احداهن سدة القضاء .

المطلب الثاني- أدلة الحنفية القائلين بنفاذ قضاء المرأة فيما تشهد فيه مع اثم المولى :

---

(٢٣١) المنتقى لأبي الوليد الباجي ٥/١٨٢- مطبعة السعادة بمصر - الطبعة الأولى سنة ١٣٣٢هـ.

(٢٣٢) ارشاد الفحول للشوكاني ص ٤٢ - مطبعة الحلبي سنة ١٣٥٦ /١٩٣٧ م

ذكرنا أن الحنفية يتفقون مع الجمهور في تحريم تولية المرأة القضاء ، وعلى هذا فأدلة الجمهور تعتبر أدلة لهم من هذا الوجه ، ولكن الحنفية ذهبوا الى أن قضاء المرأة فيما تصح فيه شهادتها صحيح ونافذ ان وافق الحق مع اثم المولى ، وقد بينا أن هذا القول فرع لقاعدة أصولية عندهم ، وهى أن النهي في الشرعيات، ان لم يتعلق بذات المنهي عنه ، بل بوصفه أو بأمر خارج عنه، دل على الصحة ، ويعتبر القضاء من هذا القبيل كما بينا ، والأدلة التى دلت على تحريم استقضاء المرأة لم تتعرض لحكم قضائها اذا وليت ووافقت الحق في ذلك القضاء ، فينبغي أن ينفذ مادام عندها أصل الأهلية ، وان كانت دون الرجال في ذلك ، يقول الكمال بن الهمام في الفتح معلقاعلى قوله صلى الله عليه وسلم :" لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة ": "...والجواب أن ماذكر غاية مايفيد منع أن تستقضى وعدم حله ، والكلام فيما لو وليت وأثم المقلد بذلك ، أو حكمها خصمان ، فقضت قضاء موافقا لدين الله أكان ينفذ أم لا ؟ لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ماأنزل الله الا أن يثبت شرعا سلب أهليتها ، وليس في الشرع سوى نقصان عقلها ، ومعلوم أنه لم يصل الى حد سلب ولايتها بالكلية ، ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة في الأوقاف ووصية على اليتامى ، وذلك النقصان بالنسبة والاضافة ، ثم هو منسوب الى الجنس ، فجاز في الفرد خلافه ، ألاترى الى تصريحهم بصدق قولنا :" الرجل خير من المرأة "، مع جواز كون بعض أفراد النساء خيرا من بعض أفراد الرجال، ولذلك النقص الغريزي نسب صلى الله عليه وسلم لمن يوليهن عدم الفلاح ، فكان الحديث متعرضا للمولين ولهن بنقص الحال ، وهذا حق ، لكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق ؟". (٢٣٣)

والحنفية يجعلون القضاء والشهادة من باب واحد ، ذهابا منهم الى أن كلا منهما فيه

---

(٢٣٣) فتح القدير للكمال بن الهمام ٢٩٨/٧ - مطبعة مصطفى الحلبي - الطبعة الأولى ١٣٨٩/٢/ ١٩٧٠ م .

معنى الولاية ، وهي تنفيذ القول على الغير ، (٢٣٤) بل ان الشهادة عند بعضهم أقوى من القضاء؛ لأنها ملزمة على القاضي والقضاء ملزم على الخصم (٢٣٥).

وبناء الشهادة على القضاء فيه نظر من وجوه :

الأول : ان الشهادة ليست ولاية في الحقيقة ؛ لأنها خاضعة لتقدير القاضي قبولا وردا ، ودور الشاهد مقصور على الاخبار بما شهده أو سمعه ،أو بما أشهده عليه الشاهد الأصلي ، ان كان شهادة على شهادة ، ويعود الأمر الى القاضي في النظر في توافر الشروط الشرعية للشهادة من عدالة الشهود وعدم التناقض وانتفاء التهمة وغيرها ، ويقرر على ضوء ذلك قبول الشهادة أوردها ، فالولاية للقاضي على الشاهد ، وليس العكس (٢٣٦).

الثاني : على التسليم بأن الشهادة ولاية فهي ولاية خاصة في قضية معينة ، ولاتصلح أصلا للولايات العامة .

الثالث : ولاية القضاء تلزم بالحق بشكل مباشر ، والشهادة لاتلزم به الا من خلال

---

(٢٣٤) انظر : البحر الرائق لابن نجيم ٧/٥-٦ - الطبعة الأولى - المطبعة العلمية ، حاشية ابن عابدين ٥/٣٥٤ ، مطبعة مصطفى الحلبي سنة ١٣٨٦/ ١٩٦٦ م . ، لسان الحكام لابن الشحنة ص ٢٢٤، مطبوع مع معين الحكام ، طبعة مصطفى الحلبي ١٣٩٣ هـ ١٩٧٣ م ، معين الحكام للطرابلسي ص٢٥ ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لعبد الرحمن أفندي المدعو " بشيخ زاده " ٢/١٦٨ ط سنة ١٣٢٧ هـ - المطبعة العثمانية ، تبين الحقائق للزيلعي ٤/١٧٥ - دار المعرفة - بيروت .

(٢٣٥) تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار مع حاشية الطحطاوي ٣/١٧٤ .

(٢٣٦) انظر : القضاء في الشريعة الاسلامية / د. فاروق عبد العليم مرسي ص ١٥١- عالم المعرفة - جدة ١٤٠٥/١٩٨٥ م.

حكم القاضي .(٢٣٧)

وعلى هذا فهناك اختلاف كبير بين الشهادة والقضاء ، فلا يصح قياس أحدهما على الأخر .

وللحنفية أن يجيبوا أننا لانبني القضاء على الشهادة من كل وجه ، فالقضاء محرم على النساء ، والشهادة مباحة لهن ، ولكننا نربط بينهما في مسألة معينة ، وهى مايترتب عليهما ، فينفذ حكم المرأة في القضاء كما تنفذ شهادتها في غير الحدود والقصاص ، من حيث توفر أصل الأهلية عند المرأة في الحالتين، على النحو الموضح في كلام صاحب الفتح، والمسألة تعود - كما ذكرنا- الى النهي عن الشيء هل يقتضي الصحة أو البطلان ؟ .

والذي أراه صحة قضاء المرأة فيما تشهد فيه اذا وافق الحق ؛ لأنه حكم صدر عن قاضية مولاة ، وهى مسلمة مكلفة ، وفى انفاذ حكمها استقرار للأحكام ومحافظة على الحقوق ، وتكون حينئذ بمنزلة قاضي الضرورة ، كما يكون الامام المتغلب والفاسق امام ضرورة ، تنفذ أوامره في حدود طاعة الله مادام لم يعلن الكفر البواح.

المطلب الثالث : أدلة القائلين باباحة تولي المرأة منصب القضاء

يمكن تقرير أدلتهم على النحو التالي:

الدليل الأول : ان الأصل في الأشياء الاباحة مالم يرد دليل التحريم ، كما أن الأصل التسوية بين الرجل والمرأة في الأحكام ما لم يرد دليل التخصيص، والله تعالى يقول:"والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر".(٢٣٨)

---

(٢٣٧) انظر : محاضرات في علم القضاء للدكتور عبد العال عطوة ص ٤٨ نقلا عن النظام القضائي في الفقة الاسلامي / د. محمد رأفت ص ١٠١ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى ١٤١٠/١٩٨٩م.

(٢٣٨) سورة التوبة -آية (٧١) .

والولايات، العامة ومنها القضاء، أمر بالمعروف ونهي عن المنكر ، وهو مسئولية مشتركة بين الرجال والنساء بنص الآية ، ويقول سبحانه : " ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها ، واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل (٢٣٩)، " وجميع الولايات ، والقضاء منها ، أمانات وحكم بالعدل ، وازاء ذلك، فان كل من قدر على شيء من الولايات الخاصة والعامة جاز اسناده اليه ، ومن صلح للفصل في الخصومة صلح لتولي القضاء ، والمرأة قادرة على فهم القضايا والاجتهاد فيها ، وأنوثتها لاتحول دون فهمها للحجج واصدار الأحكام ، ولم يرد دليل يحرم عليها القضاء ، والنساء شقائق الرجال ، (٢٤٠) كما جاء في الحديث ، يستوين معهم في الحقوق والواجبات ، الا اذا جاء دليل الاستثناء .

والمرأة تكون وصية وناظرة على مال الوقف ومالى ذلك ، جاء في روضة القضاء للسمناني: " وأجمعوا على أنه يجوز أن تكون - أي امراة - وصيا ووكيلاوقاسما وأمينا، وأنها كالرجل في سائر العقود والحدود ، وأنها أولى من الرجل بالحضانة والتربية ، وأنه يقبل قولها فيما لا يطلع عليه الرجال ، ولايقبل قول الرجال في ذلك " (٢٤١).

وتأسيسا على ذلك ، يجوز اسناد الولايات العامة الى المرأة ، ومنها القضاء ، بناء

---

(٢٣٩) سورة النساء- آية (٥٨) .

(٢٤٠)جزء من حديث رواه أبوداود والترمذي وابن ماجه عن عائشة رضى الله عنها ، وقد ضعفه الترمذي وعبد الحق والنووي وغيرهم وحسنه بعضهم - انظر كشف الخفا للعجلوني ٣٢٨/٢.

(١٤١) روضة القضاة للسمناني ٥٤/١ - تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي - مؤسسة الرسالة بيروت - دار الفرقان - عمان بالأردن - الطبعة الثانية ١٩٨٤م

على أن مناط الحكم هو القدرة على الولايات دون نظر الى عموم أو خصوص . (٢٤٢)

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن دليل التحريم قد ثبت بالأدلة التى استند اليها الجمهور، ولايصح قياس الولايات العامة على الخاصة ، لخطورة الأولى ، وعظم مسئوليتها ، بخلاف الثانية ، فاذا اشترط للولايات الخاصة مجرد القدرة عليها ، فانما يشترط للولايات العامة قدرة فائقة تتناسب وحجم مسئوليتها.

بيد أن مناط الحكم في الولايات هو الذكورة وليست القدرة لسببين :

الأول : أن الاجماع منعقد على عدم اسناد الامامة العظمى الى المرأة ، ولو كانت قادرة عليها ، وبذلك تكون علة القدرة منقوضة لتخلف الحكم عنها في بعض مواردها.(٢٤٣)

ويمكن الاعتراض على هذا بأن الاجماع كذلك منعقد علي جواز اسناد الولايات الخاصة للمرأة ، كالنظارة على الوقف ، والوصاية على اليتيم ، وهذا نقص أيضا لعلة الذكورة في الولايات ، فالنقض (٢٤٤) - ان سلمنا به - وارد على العلتين .

---

(٢٤٢) انظر : مذكرات نظام القضاء في الاسلام / د. ابراهيم عبد الحميد ص ٣٤ ، مطبوعة بالآلة الكاتبة ، نظام القضاء في الاسلام المستشار جمال المرصفاوي - ص ٣٢-٣٣ - من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الاسلامي الذي عقدته جامعة الامام محمد بن سعود بالرياض سنة ١٣٩٦ هـ طبع سنة ١٤٠١هـ / ١٩٨١ م .

وانظر : المحلى لابن حزم ٤٢٩/٩ - ٤٣٠- دار الآفاق الجديدة - بيروت ، بداية المجتهد لابن رشد ٤٦٠/٢ - مطبعة مصطفى الحلبي - الطبعة الخامسة ١٤٠١هـ /١٩٨١م.

(٢٤٣) انظر : نظام القضاء في الاسلام / المستشار جمال المرصفاوي ص ٣٢ - من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الاسلامي بالرياض باشراف جامعة الامام محمد بن سعود .

(٢٤٤) النقض لغة : الحل والابطال ، واصلاحا : تخلف الوصف عن الحكم في بعض المحال . ==

والتحقيق أن انتقاض العلة بمانع من نص او اجماع لايقدح في صحتها ؛ (٢٤٥) لأن الظن بعلية الوصف باق في هذه الحالة ، اذ الظاهر أن التخلف يسند الى المانع لا الى عدم اقتضاء الوصف للحكم ؛ وكما أن تخصيص العام بالمخصص المعارض لايقدح في حجيته في غير صورة التخصيص ، فكذلك نقض العلة بالمانع المعارض لايقدح في حجيتها في غير صورة المانع ؛ لأن نسبة العام الى أفراده كنسبة العلة الى مواردها . (٢٤٦)

والسبب الثاني : ان القدرة وصف مضطرب ليس له مقاييس ظاهرة ومضبوطة

== انظر : البدخشي ٧٦/٣ - مطبعة صبيح ، دراسات حول الاجماع والقياس /د./شعبان اسماعيل ص ٢٤٨- مكتبة النهضة المصرية .

(٢٤٥) اجمع العلماء على أن النقض على سبيل الاستثناء لايقدح في صحة العلة ، وان لم يكن على سبيل الاستثناء ففيه أقوال متعددة أشهرها أربعة :

القول الأول يقدح في العلية مطلقا ، سواء أكانت العلة منصوصة أو مستنبطة ، وسواء أكان تخلف الحكم عن الوصف لمانع أم لا ، وهو مذهب الشافعي ومختار الرازي .

القول الثاني : لايقدح مطلقا ، وهو منقول عن الحنفية ، ويسمونه التخصيص ، وبه قال بعض أصحاب مالك وأكثر المتكلمين .

القول الثالث : لايقدح في العلة المنصوصة ، سواء أحصل مانع أم لا ، ويقدح في العلة المستنبطة مطلقا ، وهو مختار الشافعية .

القول الرابع : لايقدح في العلة مطلقا اذا كان لمانع ، سواء أكانت العلة منصوصة أم مستنبطة ، وهو مختار البيضاوي ، وهو الراجح لما قدمنا في المتن .

انظر : نهاية السول للأسنوي ١٥٥/٤ ، ١٥٦ ، ١٥٩ - عالم الكتب - بيروت سنة ١٩٨٢م ، شرح البدخشي ٧٧/٣- مطبعة صبيح ، التبصرة في أصول الفقه للشيرازي ص ٤٦٦ ،دراسات حول الاجماع والقياس / د. شعبان محمد اسماعيل ص ٢٤٩ - ٢٥٠ - مكتبة النهضة المصرية .

(٢٤٦) انظر : المراجع السابقة .

في الشرع أن ينوط الحكم بالوصف الظاهر المنضبط ، فالأولى أن يكون مناط الحكم في الولايات هو الذكورة ؛ لأنها وصف محدد ، وهى مظنة القدرة غالبا ، بخلاف الأنوثة فانها غالبا ماتكون مظنة الاخلال والتقصير لاعتبارات كثيرة سبق أن أومأنا اليها .

وأما جعل القضاء أمرا بالمعروف ونهيا عن المنكر ، فيستوى فيه الرجل والمرأة ، فليس صحيحا من كل وجه ، لأسباب أهمها :

١- ان القضاء لايصلح الا من المولى أو المحكم ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يصلح من كل مسلم حتى من الصغير .

٢- القضاء فرض عين على القاضي المولى ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض كفاية في الأصل ، ولا يتعين الا في حالات .

٣- القضاء فيه ولاية والزام ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا الزام فيه الا أن صدر من أولى الأمر والسلطان.

وأما اعتبار القضاء من الأمانات التى تؤدى ومن الحكم بالعدل - كما جاء في الآية ، فهو صحيح ، ولكن الطلب في الآية موجه الى من استحفظ على الأمانة أو استعمل على الحكم والقضاء ، ولايعني مشروعية تولية الحكم والقضاء لكل مسلم رجلا وامرأة .

كذلك كون النساء شقائق الرجال لايمنع اختصاص أحد النوعين ببعض الأحكام بما يتناسب وفطرة كل منهما .

الدليل الثاني : استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم : " كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته ، والأمير راع، والرجل راع على أهل بيته ، والمرأة راعية على بيت زوجها

وولده، فكلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته "، رواه البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما . (٢٤٧) فالحديث اثبت للمرأة مسئولية الرعاية في بيت الزوجية الى جانب مسئولية الرجل ، فجاز اسناد القضاء اليها بجامع القدرة على تحمل المسئولية ، وقد استدل بذلك ابن حزم في المحلى (٢٤٨) ، وهو يتناقض مع مذهبه في ابطال القياس أصلا ، وفوق ذلك فيمكن أن يجاب عليه بأن مسئولية المرأة في البيت ليس من باب الولايات ؛ لأن الولاية تنفيذ القول على الغير ، والرعاية هى الحماية والصيانة والمحافظة على الشيء ، ولاتعني الولاية بالمصطلح الفقهي .

وعلى التسليم بأنها ولاية ، فهى ولاية خاصة ، ولاتقاس عليها الولايات العامة .

الدليل الثالث : يجوز للمرأة أن تكون مفتية فيجوز أن تكون قاضية بجامع أن كلا من الافتاء والقضاء اخبار عن الحكم الشرعي . (٢٤٩)

ويجاب على هذا بأن هذا قياس مع الفارق ؛ لأن الافتاء لا ولاية فيه أصلا ، من قبل أنه ابداء الرأي بدليله من غير الزام ، وللمستفتي أن يعمل بالفتوى أو يدعها ، بخلاف القضاء فهو اخبار والزام فهو من باب الولايات .(٢٥٠)

---

(٢٤٧) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢٦٢/٩- دار المعرفة - بيروت - كتاب الأحكام .

(٢٤٨) انظر : المحلى لابن حزم ٤٢٩/٩- ٤٣٠ - دار الآفاق الجديدة - بيروت

.(٢٤٩) انظر : المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ١١/ ٣٨٠ - دار الكتاب العربي - بيروت ١٤٠٣ / ١٩٨٣م ، النظام القضائي في الفقه الاسلامي / د . محمد رأفت عثمان ص١٠٣- مكتبة الفلاح للنشروالتوزيع - الكويت - الطبعة الأولى ١٤١٠/١٩٨٠م ، القاضي والبينة / عبد الحسيب عبد السلام ص ٢٤٩ - مكتبة المعلا - الكويت ، نظام القضاء في الاسلام / المستشار جمال المرصفاوي ص ٣٣.

(٢٥٠) انظر : ادب القاضي للماوردي ٦٢٨ - تحقيق محى سرحان - مطبعة الارشاد - بغداد.

فان قيل : ان الفتيا قد تكون ملزمة في بعض الحالات كأن لايكون الا واحد يصلح للافتاء ، ولم تستثن هذه الحالة من أهلية المرأة للافتاء ، فالجواب ان هذه حالة خاصة تمليها الضرورة ، فلا يقاس عليها ، (٢٥١) ثم ان الالزام في هذه الحالة الزام ديني ليس من جنس الزام الولايات .

وفوق ذلك فان باب الفتوى أوسع من باب القضاء : اذ يجوز الافتاء من العبد والحر ، والأمي والقارىء ، والأخرس والناطق ، والعدو والصديق ، والقوى والضعيف ، (٢٥٢) كما أن الافتاء أيسر من القضاء من جهة أن المستفتي غالبا ما يأتي للمفتى بقلب سليم ونية صافية ، يعرض أمره من غير تمويه أو تضليل ، رائده الحق، له أوعليه ، بخلاف الخصوم حين يأتون للقاضي ، فكثيرا مايعمدون الى لحن القول ، وتلفيق الحجج ، واخفاء الحقائق، توصلا الى كسب القضية بكل سبيل .

الدليل الرابع : قياس القضاء على الحسبة ، فقد ذكر ابن حزم أنه روى عن عمر ابن الخطاب رضى الله تعالى عنه أنه ولى الشفاء - امرأة من قومه - السوق ، فيجوز أن تعين قاضية : لأن كلا منهما ولاية عامة ، (٢٥٣) قوامها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. (٢٥٤)

---

(٢٥١) انظر : النظام القضائي في الفقة الاسلامي / د. محمد رأفت عثمان ص ١٠٤ - مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الكويت ، الطبعة الأولى ، ١٤١٠هـ / ١٩٨٩م.

(٢٥٢) اعلام الموقعين لابن القيم ٤/ ٢٢٠- مطبعة عبد السلام شقرون ١٣٨٨/ ١٩٦٨- تحقيق طه عبد الرؤوف سعد .

(٢٥٣) المحلى لابن حزم ٤٢٩/٩- دار الآفاق الجديدة - بيروت .

(٢٥٤) القاضي والبينة / عبد الحسيب عبد السلام يوسف ص ٢٤٩-مكتبة المعلا - الكويت .

ويجاب عن هذا من وجوه :

الأول : ان هذا لم يثبت عن عمر رضى الله عنه ، وقد رواه ابن حزم بصيغة التمريض ، ولم يذكر له سندا ، ولم يرد في كتب السنة المعتمدة ، ولو كان له أساس من الصحة لذاع وانتشر ، وتأسى به من جاء بعده من الخلفاء ، (٢٥٥) وضعفه بعضهم من جهة مخالفته لحديث : " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة "، وكذلك فان عمر رضى الله عنه معروف بغيرته ، وهو صاحب فكرة الحجاب في الاسلام (٢٥٦) ، حيث أشار بها على الرسول صلى الله عليه وسلم بالنسبة لنسائه ، فنزل الوحي بموافقة رأيه ، وصارت تشريعا للأمة ، فيبعد أن يولى امرأة ولاية الحسبة ، مما يضطرها لمخالطة الرجال باستمرار . (٢٥٧)

وممن نفى صحته ابن العربي المالكي ، اذ قال :" وقد روى ان عمر قدم امرأة على حسبة السوق ، ولم يصلح ، فلا تلتفتوا اليه ، فانما هو من دسائس المبتدعة " . (٢٥٨)

ويمكن مناقشة هذا بأنه اذا سلمنا بتضعيف الخبر من حيث السند فلا نسلم بتضعيفه من حيث المتن ، فما ذكر من مخالفته لحديث :" لن يفلح قوم ..." فان هذا الحديث ليس

---

(٢٥٥) انظر : القضاء في الشريعة الاسلامية / د. فاروق عبد العليم ص ١٥١ - عالم المعرفة - جدة -١٤٠٥/ ١٨٥ م .

(٢٥٦) انظر : أحكام القرآن لابن العربي ٦١٢/٣ - دار الكتب العلمية - بيروت .

(٢٥٧) انظر : نظام الحسبة في الاسلام / عبد العزيز مرشد ص٦٢ - مطبعة المدينة - الرياض .

وانظر : القاضي والبينة / عبد الحسيب عبد السلام ص٥٠ -٢٥ مكتبة المعلا - الكويت ، نظام القضاء في الاسلام / المستشار جمال المرصفاوي ص ٣٣- من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقة الاسلامي الذي عقدته جامعة الامام محمد بن سعود بالرياض سنة ١٣٩٦ هـ.

(٢٥٨) أحكام القرآن لابن العربي المالكي ٤٨٢/٣ - دار الكتب العلمية - بيروت ٤٠٨ هـ/ ١٩٨٨م.

نصا في المسألة ، وهو محتمل التأويل ومناسبته تدل على أنه في الامامة العظمى ، وماذكر من الفتنة والاختلاط فقد تكون المرأة مسنة لافتنة فيها ، وقد تكون محجبة الوجه كذلك ، ثم ان كثيرين ذهبوا الى ان حجاب الوجه خاص بنساء النبي صلى الله عليه وسلم صيانة لبيت النبوة من أهل الفجور (٢٥٩).

والحق أنه يكفي لرد الحديث روايته بصيغة التمريض وعدم اسناده من طريق صحيح أو ضعيف .

الثاني : يمكن تأويل الخبر بأن عمر رضى الله عنه اختار هذه المرأة لمقاومة المنكرات المتعلقة بالنساء في السوق وتأمر فيه بالمعروف (٢٦٠) ، كما يؤخذ من رواية ابن عبد البر في الاصابة حيث قال : " ... فكان عمر يقدمها في الرأى ويرعاها ويفضلها ، وربما ولاها شيئا من أمر السوق " (٢٦١).

الثالث : على التسليم بصحة الخبر فانه فعل صحابي ، والاحتجاج به محل نظر؛(٢٦٢) لأنه ليس من جنس التعبديات وما ليس فيه مدخل للاجتهاد ، حتى يحمل على

---

(٢٥٩) انظر : القاضي والبينة عبد الحسيب عبد السلام ص ٢٥٠ - مكتبة المعلا -الكويت .

(٢٦٠) أنظر : نظام القضاء في الاسلام / د. محمد أبو فارس ص ٤٠ - دار الفرقان - الاردن - الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م .

(٢٦١) الاستيعاب لابن عبد البر ٣٤١/٤ مطبوع مع الاصابة لابن حجر .

(٢٦٢) اتفق العلماء على أن قول الصحابي ليس بحجة على أحد من الصحابة المجتهدين ، وأما بالنسبة لغيرهم فاختلف العلماء على **أربعة أقوال** :

القول الأول : يعتبر حجة مطلقا ، وهو مذهب مالك والشافعي في القديم وأحمد في رواية وجماعة من الحنفية ، ودليلهم حديث :" أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم ". - وهذا الحديث ذكره ابن عبد البر باسناد فيه الحارث بن غصين ثم قال : " وهذا اسناد لاتقوم به حجة ، لأن الحارث بن غصين مجهول " جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر ٩١/٢ - الطبعة المنيرية . ==

التوقيف ، ولم ينتشر في عصر الصحابة حتى يفسر سكوتهم بأنه اقرار فيكون اجماعا سكوتيا ، وانما هو اجتهاد فردي ، ومثله ليس حجة عند الشافعي في الجديد وأحمد في رواية عنه والكرخي والدبوسي من الحنفية ، وهو مختار امام الحرمين والغزالي والرازي وابن الحاجب والشوكاني وغيرهم ، وذلك لأن فعل الصحابي أو قوله اجتهاد بشرى يخطىء ويصيب كاجتهاد غيره ، والله أمرنا بالاعتبار لا بالتقليد ، وجاز لبعض الصحابة مخالفة بعض فجاز ذلك لغيرهم . (٢٦٣)

ولو سلمنا بحجيته فهو معارض بما سبق من الأدلة ، فنصير الى الترجيح ، وأدلة المنع هى الراجحة لقوتها وتأيدها بالواقع الاسلامي عبر العصور المختلفة .

=القول الثاني : ان خالف القياس كان حجة والا فلا ، وبه قال جمهور الحنفية ، ومن أدلتهم أنه لايخالفه الا لدليل غيره .

القول الثالث : يعتبر حجة بشرط أن ينتشر ولم يخالفه أحد ، وبه قال الرازي والاستفرائيني وأكثر الحنفية والامام أحمد وغيرهم ، ووجه حجته أنه بمنزلة الاجماع السكوني .

القول الرابع : ليس حجة مطلقا ، وهو المشهور عن الشافعي ، وقال به آخرون كما في المتن .

انظر : التبصرة في أصول الفقه للشرازي ص ١٣ومابعدها - تحقيق د. محمد حسن هيتو - دار الفكر - دمشق ١٤٠٠/١٩٨٠م ، نهاية السول للأسنوي شرح منهاج الوصول للبيضاوي ومعه سلم الوصول ٤٠٧/٤ ومابعدها - عالم الكتب - بيروت ١٩٨٢م ، شرح البدخشي ١٤٣/٣- مطبعة صبيح بمصر ، أصول الفقه الاسلامي / د. عبد الرحمن الصابوني ص٤٥٢ - الطبعة الثالثة - ١٣٨٦/١٩٦٦م.

(٢٦٣) انظر : المراجع السابقة

وان تعجب فعجب احتجاج ابن حزم بمثل هذا الخبر أو استئناسه به ، وهو المعروف بتشدده في قبول الأحاديث ، كما أن مذهبه أن قول الصحابي ليس بحجة .

المبحث الثالث
الرأي المختار

بعد ان أطلعنا على آراء العلماء في هذه المسأل وذكرنا ما استندوا اليه من الأدلة ، وبينا ما في هذه الأدلة من قوة أو ضعف ، وما يتعلق بها من ملاحظات ، فاننا نرى أن الأقرب الى الحق والأدنى من المصلحة منع النساء من ولاية القضاء للأسباب الآتية :-

أولا : ان وظيفة القضاء مسئولية كبيرة وولاية عظيمة ، تتعلق مسئوليتها بالأموال والدماء والأرواح ، ولايصلح لها الا من اتصف بالقدرة الكاملة والأهلية التامة ، ويتمتع بقوة الشخصية والخبرة العلمية والعملية ، وان القصور فيها يؤدي الى الظلم ، والظلم ظلمات يوم القيامة ، والمرأة بشكل عام أضعف من الرجل ، وأنقص منه قدرة ، وأقل تحملا ، وقد اختصت بحكم أنوثتها بصفات جبلية ووظيفية تعوقها عن تحمل أعباء القضاء ، وقد سبق أن أشرنا اليها ، فهي عرضة للحمل والحيض والاستحاضة والولادة ، ومايرافق ذلك من آلام وضعف وإرهاق ، كما أنها تتحمل عبء التربية ومعاناة التعامل مع الصغار في مرحلة الطفولة ، وهى مرحلة طويلة ، تستنزف من المرأة طاقة كبيرة ، وتحملها هموما متواصلة ، في سبيل تأهيل أبنائها للحياة ليقوموا بوظيفتهم الاجتماعية، ويسهموا في بناء المجتمع وخدمة الدين ، وهذه المعاناة الناجمة عن الأعراض النسوية والمسئولية التربوية من شأنها أن تؤثر على أعصاب المرأة ، وتضعف ملكتها العقلية ، وتوهن من قدرتها على دراسة القضايا وتحليلها وتكوين الرأى السليم فيها .

وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يقضي القاضي وهو غضبان (٢٦٤) ، لئلا يؤثر الغضب على سلامة التفكير ، وألحق الفقهاء ، بذلك ماشابهه من حالات : كالجوع والمرض ونحوهما ، مما يشغل عن التأمل الكافي والنظر الثاقب ، وكذلك المعاناة التي تتعرض لها المرأة ، على النحو الذى ذكرنا ، تحول دون دراسة القضايا بامعان ، واستكشاف وجه الحق فيها على نحو سديد . فضلا عما تتسم به المرأة - كما بينا - من غلبة العاطفة ورقة القلب وسهولة الانقياد وسرعة التأثر بما ترى أو تسمع ، وهى صفات متأصلة في تكوين المرأة العضوي والنفسي ، (٢٦٥) وهذا من شأنه أن يؤثر على التفكير السليم والحكم الموضوعي القائم على مقاييس العدل لاعلى ميل النفس ودواعي العاطفة .

ثانيا : ان المرأة مأمورة بالقرار في البيت ، والتوفر على رعاية الأسرة ، والطاعة للزوج ، وعدم الخروج الا باذنه ، والتصون عن الرجال ، والبعد عن الشبهات ، والأصل فيها أنها ربة بيت ، وعرض يجب أن يصان ، ولايليق بها حضور محافل الخصوم ، ونلاحظ في قصة العسيف أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحضر المدعى عليها الى مجلس القضاء ، انما أرسل اليها رجلا ، وقال له :" ان اعترفت فارجمها " فاعترفت فرجمها(٢٦٦) ، ولذلك عقد النسائي عنوانا لهذا الحديث سماه : " باب صون النساء عن

---

(٢٦٤) روى البخاري بسنده عن عبد الرحمن بن أبي بكرة قال : كتب أبو بكر الى ابنه ، وكان بسجستان : بأن لاتقضي بين اثنين وانت غضبان ، فإني سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول :" لايقضين حكم بيناثنين وهو غضبان " - صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١٣/ ١٢٠- ١٢١- دار المعرفة- بيروت

(٢٦٥) انظر : في ظلال القرآن لسيد قطب ١/ ٢٥٠-٢٥١ - دار الشروق ، الطبعة الثالثة.

(٢٦٦) روى البخاري بسنده عن أبي هريرة وزيد بن خالد ، قالا : كنا عند النبي صلى الله عليه وسلم فقام رجل فقال : أنشدك الله الا ماقضيت بيننا بكتاب الله ، فقام خصمه ، وكان أفقه منه ، فقال:

=

مجلس الحكم ". (٢٦٧)

والمرأة في الأغلب الأمم قليلة التجربة، سطحية المعرفة بأحوال الناس ومشكلاتهم ، يغلب عليها الحياء ، بخاصة في القضايا الحساسة المتعلقة بالأعراض والأخلاق .

وازاء ذلك فلا يتأتى منها أن تقوم بأعباء القضاء على الوجه المطلوب ، بما فيه من محاورة الخصوم ، ومجابهة الجماهير ، ومناقشة المحامين ، والنظر في تحقيقات النيابة ، ومحادثة الشهود والتحقق من صدقهم ، وقد يستدعى الأمر الاختلاء بالخصم أو الشاهد ، ولايجوز لها أن تختلى بأجنبي ، عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لايخلون أحدكم بامرأة الا مع ذي محرم "(٢٦٨) ، فطبيعة المرأة

==اقض بيننا بكتاب الله ، وائذن لي ، قال : قل ، قال: ان ابني كان عسيفا (أجيرا) على هذا ، فزني بامرأته ، فافتديته منه بمائة شاة وخادم ، ثم سألت رجالا من أهل العلم فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام ، وعلى امراته الرجم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم :" والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله جل ذكره ، المائة شاة والخادم رد ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد ياأنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ، فغدا عليها فاعترفت فرجمها ..."- صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١٢/١٢٣- ١٢٤- دار المعرفة - بيروت ، وانظر الحديث في صحيح مسلم بشرح النووي ١١/٢٠٥ - ومابعدها - مكتبة المثنى - بيروت - دار احياء التراث العربي - بيروت ، الطبعة الثانية ١٣٩٢/ ١٩٧٢ ،وفي سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي ٨/ ٢٤٠ ومابعدها - دار احياء التراث العربي - بيروت .

(٢٦٧) سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي ٨/ ٢٤٠- دار احياء التراث العربي - بيروت .

(٢٦٨) رواه البيهقي بسنده عن ابن عباس رضى الله عنهما ، وذكر أن البخاري رواه في الصحيح عن على بن المديني ، ورواه مسلم عن أبي بكر بن أبي شيبة وزهير بن حرب كلهم عن ابن عيينة - سنن البيهقي ٧/ ٩٠ - دار المعرفة - بيروت .

وتصونها ومشاغلها الخاصة لاتسمح لها بالنظر في مسائل القضاء بما فيها من تعقيدات وملابسات ، وماتتطلبه من اختلاط ومواجهات وردود ومناقشات ، وقد أشار القرآن الى ضعف المرأة في مجال الخصام فقال :" أو من ينشأ في الحلية وهو في الخصام غير مبين "؟ .(٢٦٩)

وقد يقول قائل : إن هذه الأحكام أغلبية مختصة بجنس النساء ، ولكن يصلح في الآحاد خلافها ، فقد تكون المرأة أقوى من الرجل وأحسن تفكيرا وأقل عاطفة ، وأكثر تفرغا للعمل وأعمق تجربة وأوفر علما وأصلب ارادة ، فما المانع من توليها القضاء حينئذ ؟ والجواب أن هذه حالة خاصة ، والاسلام يبني الأحكام على الحالات الغالبة ، ولايؤثر في ذلك تخلف آحاد الجزئيات : قال الامام الشاطبي :" .... لأن الأمر الكلي اذا ثبت فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لايخرجه عن كونه كليا ، وأيضا فان الغالب الأكثرى معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي ، لأن المتخلفات الجزئية لاينتظم منها كلي يعارض هذا الكلى الثابت ". (٢٧٠)

ثالثا : ان حديث :" لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " ان لم يشمل القضاء بدلالته اللفظية يشمله من حيث المعنى والقياس على الخلافة التي انعقد الاجتماع على اشتراط الذكورة فيها ، ويبرر هذا القياس مابيناه من أن للقاضي صلاحيات جد خطيرة وكبيرة تتعلق بالزجر والتأديب والحبس والتغريم ، واحضار الخصوم والشهود ، والولاية على من لاولاية له ، وغيرها من الأمور التي تتسع دائرتها أو تضيق بحسب الظروف والأحوال ، وهى أعمال جليلة ، ومسئولية كبيرة ، تقصر عنها النساء، كما في الامامة الكبرى . وهذا مادرج عليه السلف في منقرض العصور ومكر الدهور، مع وجود ذوات العلم والفضل .

---

(٢٦٩) سورة الزخرف - آية (١٨) .

(٢٧٠) الموافقات للشاطبي ٥٣/٢- دار المعرفة - بيروت

رابعا : المرأة عند الجمهور لاتكون ولية على نفسها ، فلا تزوج نفسها ولاغيرها ، ولابد أن يتولاه أحد الأولياء والا فالحاكم ، عن عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :" أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل ، فان دخل بها فله المهر بما استحل من فرجها ، فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له".(٢٧١) ، وعن أبي موسى رضى الله عنه يرفعه:" لانكاح الابولي "، (٢٧٢) فاذا لم تكن المرأة ولية على نفسها ، فكيف تكون قاضية ولية على من لا ولى له ، ومسئولة عن تعيين الأولياء للقاصرين ؟.

خامسا : لاتقبل شهادة النساء في الحدود وأحكام الأبدان عند الجمهور ، ولاتقبل في الأموال الا مع الرجال، وتكون حينئذ على النصف من شهادة الرجال ، ولاتقبل شهادتهن

---

(٢٧١) رواه الترمذي : ٥/١٢-١٣ - صحيح الترمذي بشرح عارضة الأحوذي ، دار العلم للجميع ، وأبو دواد : معالم السنن للخطابي ١٩٦/٣- المكتبة العلمية ، الطبعة الثانية ١٤٠١هـ / ١٩٨١م ، ورواه البيهقي - سنن البيهقي ١٢٤/٧ - دار المعرفة بيروت ، وقال فيه الترمذي :" هذا حديث حسن " ، وقال ابن العربي بعد ذكر بعض طرقه : " وهذه طرق لاغبار عليها " - عارضة الأحوذي ١٣/١٢.

(٢٧٢) رواه الترمذي - انظر : صحيح الترمذي بشرح عارضة الأحوذى ٥/ ١٢ - دار العلم للجميع ، وقال :" هو عندي حديث حسن " وبعد أن ذكر كلام بعض أصحاب الحديث فيه ذكر : ان العمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم منهم عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس وأبو هريرة وغيرهم - صحيح الترمذي بشرح عارضة الأحوذي : ١٦/٥.
ورواه أبو داود - معالم السنن للخطابي ١٩٨/٣ - المكتبة العلمية الطبعة الثانية - ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م.
ورواه البيهقي مرفوعا وموقوفا ورجح وقفه على ابن عباس - سنن البيهقي ١٢٤/٧- دار المعرفة - بيروت .

منفردات الا فيما يخص النساء ولايطلع عليه الرجال غالبا ، وهذا بحكم الضرورة ، فكيف تولى القضاء لتنظر في شهادات الرجال قبولا وردا ، وهي في الأصل مردودة الشهادة في بعض القضايا ، ومنقوصتها في قضايا أخرى ؟ وان جاز جبر النقص في الشهادة بالعدد فلا يجوز ذلك في القضاء - كما قدمنا .

سادسا : ان في تقلد المرأة لمنصب القضاء مشغلة لها عن وظيفتها الأساسية في الأمومة وتربية النشء ، وهي وظيفة حيوية للانسانية لايسوغ الاهمال بها ، كما يكون فيه نوع تشبه بالرجال، ولعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال ، (٢٧٣) ولعن الرجلة من النساء (٢٧٤) وقال تعالى :" ولاتتمنوا مافضل الله به بعضكم على بعض ، للرجال نصيب مما اكتسبوا ، وللنساء نصيب مما اكتسبن " فلا يجوز للمرأة أو الرجل أن يتمرد على فطرته ، ويتعدى طوره ، فكل له مقام معلوم وقدر مرسوم ، ووضع كل منهما في مكانه اللائق به عدالة في توزيع الاختصاصات ، ورشاد في توظيف الطاقات ، وليس فيه محاباة أو ظلم أو تمييز .

---

(٢٧٣) رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما - صحيح البختاري بشرح فتح الباري ٢٧٩/١٠- دار المعرفة - بيروت ، ورواه أحمد وابو داود والترمذي وابن ماجه -
انظر : الجامع الصغير للسيوطي بشرح فيض القدير للمناوي ٢٦٩/٥ - دار المعرفة - بيروت .

(٢٧٤) رواه أبو داود في كتاب اللباس ٤٥٨/٢ - حديث رقم ٤٠٩٩ - دراسة وفهرسة كمال الحوت - دار لجنان - مؤسسة الكتب الثقافية ، ط ١ ، ١٤٠٩/١٩٨٨ ، وسكت عنه أبو داود ، ورمز = السيوطي في الجامع الصغير لحسنه ، وقال المناوي : " وأصله قول الذهبي في الكبائر : اسناده حسن ".
فيض القدير شرح الجامع الصغير ٢٦٩/٥ - دار المعرفة - بيروت ،
ومعنى " الرجلة " المترجلة التى تتشبه بالرجال في زيهم أو مشيهم أو رفع صوتهم أوغير ذلك انظر: المرجع السابق ..

هذا ، أما اذا عينت المرأة في القضاء وأثم المولى ، ثم قضت فأصابت الحق ، فالراجح أن أحكامها نافذة فيما تصح فيه شهادتها - كما هو مذهب الحنفية ، وذلك للأسباب التى مر ذكرها ...

" والله ولي التوفيق"

خيار النقد وتطبيقاته في معاملات المصارف الاسلامية

بقلم الدكتور

محمد عثمان شبير *

---

* استاذ مشارك بكلية الشريعة بالجامعة الأردنية - له العديد من البحوث والدراسات في الفقه الاسلامي .

بسم الله الرحمن الرحيم

الفتاحية

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه ، ومن دعا بدعوته الى يوم الدين ، أما بعد ،،،

فإن موضوع خيار النقد من الموضوعات المهمة في المعاملات المالية المعاصرة ، إذ تحتاج إليه المصارف الإسلامية في معاملاتها التجارية ، كما يحتاج إليه الناس في معاملاتهم وبيوعهم ، حيث يمكّن من يشترطه من التروي في الثمن هل يصير منقودا أم لا ؟ فما حقيقة هذا الخيار ؟ وما موقف الفقهاء منه ؟ وما شروط قيامه ؟ وما أثره في العقود ؟ وكيف يمكن استثماره في مجال معاملات المصارف الإسلامية ؟

للإجابة عن هذه الأسئلة كتبت هذا البحث للإسهام في حل بعض المشكلات الاقتصادية التى تواجه المصارف الإسلامية في مسيرتها الاقتصادية .

ولما كان البعد الفقهي هو الأساس لهذه الدراسة ، فقد رجعت إلى عدد وافر من المراجع والمصادر الفقهية التي تمثل أكثر المذاهب ذيوعا .

وقد قسمت هذه الدراسة الى ستة مباحث وخاتمة :

المبحث الأول : حقيقة خيار النقد .

المبحث الثاني : ثبوت خيار النقد .

المبحث الثالث : شروط قيام خيار النقد .

المبحث الرابع : صاحب خيار النقد والآثار المترتبة على اشتراطه .

المبحث الخامس : زوال خيار النقد .

المبحث السادس : تطبيقات خيار النقد في معاملات المصارف الاسلامية .

الخاتمـــــة : تكلمت فيها عن نتيجة البحث .

والله أسأل أن يتقبل مني هذا الجهد المتواضع ، ويجعله في ميزان حسناتي يوم لا ينفع مال ولا بنون .

المبحث الأول
حقيقة خيار النقد

قبل الحديث عن أحكام خيار النقد ، لا بد من بيان حقيقة هذا الخيار وصوره ، حتى يتسنى لنا إدراك تلك الأحكام ، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره .

أولا : تعريف خيار النقد :

خيار النقد مركب إضافي صار - في اصطلاح الحنفية - علما على نوع خاص من الخيارات .

١- تعريفه - باعتباره - مركبا إضافيا :

" خيار النقد " مركب إضافي يتكون من مضاف : وهو " خيار " ومضاف إليه : وهو " نقد " .

أ- تعريف الخيار :

الخيار لغة : اسم مصدر من الاختيار ، وهو الاصطفاء والانتقاء ، فيقال : أنت بالخيار : أي اختر ما شئت . وخيره بين الأمرين : أي فوض إليه اختيار أحدهما (١).

---

(١) لسان العرب لابن منظور ، القاموس المحيط للفيروز آبادي ، المصباح المنير للفيومي ، مادة : خير .

الخيار في الاصطلاح ليس ببعيد عن المعنى اللغوي ، وهو طلب خير الأمرين ، والخيار في البيوع هو : " طلب خير الأمرين من إمضاء البيع أو فسخه " . (١) والخيار في العقد هو : " حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدي " .(٢)

ب - تعريف النقد:

النقد لغة خلاف النسيئة بمعنى الإعطاء والقبض ، فيقال : نقدت الرجل الدراهم فانتقدها : بمعنى أعطيته إياها فقبضها .(٣)
ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للنقد عن المعنى اللغوي .

٢- تعريفه - باعتباره - علما:

" خيار النقد " مصطلح فقهي سائد عند الحنفية ، وهو نوع من أنواع الخيار - عندهم - وهو شرط من الشروط المقترنة بالعقد عند غيرهم .

عرفه الحنفية بأنه : " إذا اشترى شخص شيئا على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما " (٤) .

---

(١) سبل السلام للصنعاني ٣٣/٣ ، كشاف القناع ١٩٨/٣ .
(٢) الخيار وأثره في العقود للدكتور عبد الستار أبو غده ٤٣/١ .
(٣)لسان العرب ، القاموس المحيط ، مادة : نقد .
(٤) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٢٤/٢ ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ٥٧١/٤ .

وفي مجلة الأحكام العدلية هو : " أن يتبايعا على أن يؤدي المشترى الثمن في وقت كذا ، وإن لم يؤده ، فلا بيع بينهما " . (١)

فهو خيار يثبت بالاشتراط من أحد العاقدين أو كليهما ، وباشتراطه يتمكنان من إمضاء العقد أو رده لعدم النقد .

ثانيا: صور خيار النقد:

لخيار النقد - عند الحنفية - صورتان :

الصورة الأولي:

هى الصورة التى تكلم عنها أصحاب المتون في تعريفهم لخيار النقد . وهي : أن يقول البائع للمشترى : بعتك هذه السلعة على إنك إن لم تنقدنى الثمن إلي أجل كذا فلا بيع بيننا (٢) .

الصورة الثانية:

وهى الصورة التى أضافها أصحاب الشروح والحواشي عند كلامهم عن خيار النقد . وهى : أن يقول المشترى للبائع بعد أن ينقده الثمن : اشتريت منك هذه السلعة

---

(١) مجلة الأحكام مع شرح القاضى ٢٩٦/١ .

(٢) الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى ٢٨/٣ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٥/٤ .

بثمن كذا ، على أنك إن رددت إلي الثمن إلى أجل كذا فلا بيع بيننا (١) .

ثالثا: الألفاظ ذات الصلة بخيار النقد:

يتصل بخيار النقد عدة ألفاظ ومصطلحات نذكر منها :

١- خيار الشرط:

خيار الشرط : مركب إضافي صار علما - في اصطلاح الفقهاء - على ما يثبت لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ .(٢) وعرفه البهوتي بما يلي : " هو أن يشترطا في العقد أو بعده مدة معلومة " .

فخيار الشرط حق يثبت - بالاشتراط - لأحد المتعاقدين أو كليهما فسخ العقد في مدة معلومة .

وقد اعتبر بعض فقهاء الحنفية خيار النقد - في صورته الأولى - بمنزلة خيار الشرط ، حيث قال الزيلعي : " إن خيار النقد في معنى شرط الخيار ، بل هو عينه ،

---

(١) حاشية ابن عابدين ٧٥١/٤ ، الشلبي على تبيين الحقائق ١٥/٤ .
(٢) حاشية ابن عابدين ٥٦٧/٤ .
(٣) كشاف القناع للبهوتي ٢٠٢/٣ .

لأنه يتخير في الأيام الثلاثة بين الفسخ والإمضاء ، غير أن ترك النقد جعل أمارة الفسخ ، والنقد أمارة الإمضاء ، وهذا الشرط محتاج اليه لدفع المماطلة ، كما أن شرط الخيار محتاج إليه لدفع الغبن . غير أنه هنا بمضي المدة مع عدم النقد ينفسخ العقد ، وفي تلك يتم ، وذلك لا يوجد اختلاف الحكم ، إذ في كل واحد منهما فسخ على تقدير، وإجازة على تقدير . والاختلاف فيما يقع به الفسخ والإجازة ، لا في نفس الفسخ عند إرادة الفسخ ، ولا في نفس الإجازة عند إرادة الإجازة ، فلا يعد اختلافا"(١) .

ولم يرتض بعض فقهاء الحنفية ذلك ، واعتبروا خيار النقد مغايرا لخيار الشرط، فقال في الدرر : " لم يذكوه بالفاء كما ذكره في الوقاية إشارة إلي أنه ليس من صور خيار الشرطة حقيقة ، ليتفرع عليه ، بل أورده عقيبه ، لأنه في حكمه معنى " (٢) .

والذى أميل إليه أن هناك فرقا بين خيار النقد وخيار الشرط من عدة وجوه :

أ- أن خيار الشرط ثبت بالنص ، أما خيار النقد فقد ثبت بالاجتهاد .

ب- من له خيار الشرط لا يقدر على فسخ العقد إلا بحضرة العاقد الآخر في قول أبي حنيفة ومحمد . أما من له خيار النقد فيمكنه إبطال العقد بعدم النقد ، دون الرجوع الى العاقد الآخر (٣) .

٢- بيع الوفاء:

بيع الوفاء : عقد توثيقي في صورة بيع على أساس احتفاظ الطرفين بحق

----

(١) تبيين الحقائق للزيلعى ١٥/٤ - ١٦ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٥٧١/٤ .

(٣) شرح العناية على هامش فتح القدير ٣٠٤/٦ .

التراد في العوضين . (١)

وصورة هذا البيع : أن يقول البائع للمشترى : بعت منك هذه العين بدين لك على ، أني متى قضيت الدين فهو لي .

أو يقول البائع : بعت هذه العين بكذا على أني متى دفعت إليك الثمن الذي أخذته منك تدفع العين إلي . (٢)

وقد أطلق عليه أهل مصر - كما ذكر الزيلعى - : " بيع الأمانه " ، ويسمى أيضا : " الرهن المعاد " ويسميه أهل الشام : " بيع الإطاعة " ويسميه العامة : " قعيدة " ويسميه أهل مكة المكرمة : " بيع العهده أو بيع الناس " ويسميه المالكية : " بيع الثنيا " (٣)

وبيع الوفاء تجري فيه أحكام عديدة منها : البيع الصحيح ، والرهن ، والبيع الفاسد ، ولذلك اختلف العلماء في جوازه وتصحيحه .

فذهب المالكية والحنابلة الى عدم جوازه ، لأنه حيلة الى الانتفاع بالقرض (٤)، كما قال ابن قدامة : " إذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقترض بالثمن ، ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن ، فلا خيار

---

(١) المدخل الفقهى العام للزرقا ٥٤٤/١ .
(٢) البحر الرائق ٨/٦ .
(٣) البحر الرائق ٨/٦ ، الفتاوي الكبرى لابن حجر الهيتمي ١٥٧/٢ ، ٢٣٠ .
(٤)جواهر الإكليل للآبى ٨٢/٢ ، المغني ٥٩٢/٣.

فيه ، لأنه من الحيل ، ولا يحل لآخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار ولا التصرف فيه" . (١)

وذهب ابن حجر الهيتمي من الشافعية إلى أنه إن خلا العقد من شرط الاسترداد يرد الثمن ، واقتصر العاقدان على اشتراط ذلك في الاتفاق الشفوي السابق للعقد فهو بيع صحيح ، ولا يلزم المشتري الوفاء بما وعد به البائع إلا من باب تحاشي إثم الغش والغرور ، لأن الثمن الذي يعين في العقد ليس بالثمن الحقيقي . وأما إن وقع في صلب العقد فهو فاسد ، لا ينتقل فيه المبيع والثمن عن المالك . (٢)

وذهب الحنفية الى جواز هذا البيع . ورأى ابن نجيم أن المكان الأنسب لبحث بيع الوفاء هو خيار النقد حيث قال : " يذكرونه في موضع من ثلاثة : البزازي ذكره في البيع الفاسد ، ومنهم من ذكره هنا عند الكلام على خيار النقد : كقاضي خان ، ومنهم من ذكره في الإكراه : كالزيلعي . وذكره هنا - أي عند الكلام على خيار النقد - أنسب ، لأنه من أفراد مسألة خيار النقد " (٣) فصورة بيع الوفاء ذات شبه بالصورة الثانية من خيار النقد .

لكن ابن عابدين في كتاب منحة الخالق على البحر الرائق لم يرتض ما ذهب اليه ابن نجيم ، حيث نقل عن النهر : " إنما يكون من أفراده بناء على القول بفساده

---

(١)المغنى لابن قدامة ٥٩٢/٣ -٥٩٣ .
(٢) الفتاوى الكبرى لابن حجر ١٥٣/٢ ، ١٥٧ . ٢٣٠ .
(٣) البحر الرائق ٨/٦ .

(بيع الوفاء) إن زاد على الثلاث لا على القول بصحته ، إذ خيار النقد مقيد بثلاثة أيام ، وبيع الوفاء غير مقيد بها ، فأنى يكون من أفراده ." (١)

وقد أجيب عن هذا التعقيب بأنه مبني على ما ذهب اليه أبو حنيفة وأبو يوسف من تحديد مدة خيار النقد بثلاثة أيام ، أما على ما ذهب اليه محمد من جواز زيادة تحديد مدة خيار النقدعلى ثلاثة أيام ، فلا أثر لهذا التعقب . وبذلك يظل بيع الوفاء من أفراد مسألة خيار النقد .

٣- الإقالة :

الإقالة لغة : الرفع (٢) . واصطلاحا : رفع لعقد سابق بين متعاقدين وإلغاء لحكمه وآثاره .

وبين الخيار والإقالة فروق منها :

أن الإقالة تخالف خيار النقد في أن من له خيار النقد يمكنه إبطال العقد بمحض ارادته ، دون توقف على رضا العاقد الآخر . أما الإقالة فلا بد فيها من التقاء الإرادتين على فسخ العقد .

كما أن هناك فرقا آخر : وهو أن الخيار يجعل العقد غير لازم في حق من لــه

---

(١) منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ٨/٦ .

(٢) القاموس المحيط ، المصباح المنير ، مادة : قيل .

الخيار ، أما الإقالة فلا تكون إلا حيث يكون العقد لازما للطرفين .(١)

رابعا: طبيعة خيار النقد:

خيار النقد من الخيارات الإرادية التى تثبت باشتراط العاقد وإرادته ، ليتمكن من فسخ العقد في مدة معلومة بعدم النقد . وهو لا يتطلب لثبوته صيغة معينة عند القائلين به من الحنفية والحنابلة ، فيصح أن يكون بكل ما يدل عليه : كقول البائع : " إن جئتني بالثمن إلى كذا ، وإلا فلا بيع بيننا " أو " إن لم تنقدني الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا " (٢).

ولكن بعض المالكية خصوه بصيغة : " إن جئتنى بالثمن في مدة كذا . . ."أو ما يماثلها . أما إذا عبر بقوله :" إن لم تأتنى بالثمن إلى يوم كذا فلا بيع بيننا ." فلا يصح ويكون البيع غير منعقد بينهما ، إلا أن يأتيه بالثمن فلم يجبر على النقد إلا إلى الأجل .(٣)

----

(١) البحر الرائق ١١٠/٦ ، مجمع الأنهر ٧١/٢ ، حاشية الخرشي على مختصر خليل ١٦٩/٥ ، حاشية قليوبي ٢١٠/٢، المغنى ١٣٥/٤ .

(٢) تبيين الحقائق ١٥/٤ ، كشاف القناع ١٩٦/٣ .

(٣) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للخطاب ص ٣٦٦ ، حاشية الرهونى على شرح الزرقانى على مختصر خليل ٢٢٠/٥ .

المبحث الثانى
ثبوت خيار النقد

اولا: اقوال الفقهاء في ثبوت خيار النقد:

القول الأول:

ذهب الحنفية والحنابلة والمالكية في قول إلى ثبوت خيار النقد ، وقال به الثوري إسحق وأبو ثور وحكي عن عمر وابن عمر ، وقال به من الشافعية الشيرازي. (١)
جاء في الهداية : " ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما والأصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به " . (٢)

وجاء في كشاف القناع : " وإن قال البائعْ : إن بعتك على أن تنقدنى الثمن إليبثلاثة أيام أو مدة معلومة ، وإلا فلا بيع بيننا صح البيع " . (٣)

القول الثانى:

ذهب الشافعية في الصحيح من مذهبهم وزفر من الحنفية والمالكية في قول ثان

---

(١) تبيين الحقائق ١٥/٤ ، فتح القدير ٣٠٤/٦ ، ملتقى الأبحر ١٠/٢ ، شرح العناية ٣٠٣/٦ ، مجمع الأنهر ٢٤/٢ ، درر الحكام ١٥٢/٢ ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ٣٦٦ ، حاشية الرهونى ٢٢١/٥ ، المجموع للنووي ١٨١/٩ ، كشاف القناع ١٩٦/٣ ، المبدع ٦٠/٤ ، الإنصاف ٣٥٨/٤ ، المغني ٥٩٣/٣ ، رحمة الأمة للدمشقي ص ١٢٨ .
(٢) الهداية ٢٨/٣ .
(٣) كشاف القناع ١٩٦/٣ .

إلي نفيه وعدم ثبوته واعتبروه شرطا فاسدا مفسدا للعقد .(١)

قال النووي في المجموع : " لو اشترى شيئا بشرط أنه إن لم ينقده الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بينهما . أو باع بشرط أنه إن رد الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فوجهان حكاهما المتولي وغيره : أحدهما : يصح العقد ، ويكون تقدير الصورة الأولى أن المشتري شرط الخيار لنفسه فقط . وفي الصورة الثانية أن البائع شرطه لنفسه فقط . وهذا قول أبي إسحق .

والوجه الثاني: وهو الصحيح - باتفاقهم - وبه قطع الروياني وغيره أن البيع باطل في الصورتين ، لأن هذا ليس بشرط خيار ، بل هو شرط فاسد مفسد للعقد " (٢)

القول الثالث:

ذهب المالكية في قول ثالث إلى كراهة هذا البيع ابتداء ، فإن وقع صح البيع وبطل الشرط . وهذا مذهب المدونة وعليه اقتصر الشيخ خليل في مختصره . ويختلف هذا القول عن القول الثاني في صحة العقد ففي هذا القول يقع العقد صحيحا ، بينما يكون في القول الثاني فاسدا .

جاء في المدونة : " ما قول مالك في رجل باع سلعة من رجل على أنه إن لم ينقده إلى يوم أو يومين أو عشرة أيام فلا بيع بينهما ؟

----

(١) المراجع السابقة .

(٢)المدونة ٣/٢٢٢ .

قال مالك : أكره هذا البيع أن يعقداه على هذا الشرط ، فإن عقد البيع على هذا الشرط بطل الشرط ، وجاز البيع بينهما "(١) واذا وقع البيع على ذلك فهل يجبر المشتري على دفع الثمن معجلا أو مؤجلا إلي ذلك الأجل الذى سمياه ؟

للمتأخرين من المالكية قولان :

الأول : وعليه أكثر المالكية أن الثمن يكون مؤجلا إلى ذلك الأجل الذى سمياه .

الثاني : وعليه بعض المالكية أن المشتري يجبر على نقد الثمن في الحال .(٢)

ثانيا: الادلة:

١- ادلة القائلين بثبوت خيار النقد:

استدل الحنفية والحنابلة ومن معهم لثبوت خيار النقد بما يلى :

أ- القياس على خيار الشرط بجامع التروي في كل : ففي خيار الشرط يتروى المشتريبهلى يوافقه المبيع أم لا ؟ وفي خيار النقد يتروى في الثمن هل يصير منقودا أم لا؟(٣).

----

(١) المدونة ٢٢٢/٣ .

(٢) مختصر خليل ٢١١ ، الكافي لابن عبد البر ٧٢٦/٢ ،حاشية الخرشى ١٨٤/٥ ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ٣٦٦ ، منح الجليل شرح مختصر خليل لعليش ٧٢٧/٢ ، حاشية العدوي ١٨٤/٥ ، حاشية الرهونى ٢١٩/٥ .

(٣) المغني ٥٩٣/٣ .

ب- وقد روي الأخذ به عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وابنه ، وعمرو بن دينار ، وقضى به شريح .

فقد روى سليمان بن البرصاء قال : بعت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما جارية على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام ، فلا بيع بيننا ، فأجاز ابن عمر هذا البيع ، ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه . (١)

وروى عبد الرزاق في مصنفه قال : أخبرنا ابن جريج عن عطاء في الرجل يبيع الرجل على أنك إن جئت بالنقد الى يوم كذا ، فلا بيع بيني وبينك . قال عمرو بن دينار: " لا بأس به " . (٢)

وروى وكيع في أخبار القضاة عن محمد أن رجلا باع من رجل بيعا ، فقال إن لم أجيء يوم كذا وكذا فالبيع بيني وبينك ، فإن لم يأته لذلك الوقت . وجاء بعد ذلك فخاصمه إلى شريح ، فقال : " أنت أخلفته " . (٣)

ج - الاستدلال بالاستحسان ، ووجه : أن الحاجة مست إلى هذا الخيار من وجهين :
الأول : أن لمشتري يحتاج الى التأمل في معرفة مقدرته على النقد في المدة المعلومة ،فكان أولى بالجواز من البيع بشرط الخيار ، فورود الشرع بالجواز في شرط الخيار يكون ورودا ههنا دلالة .

----

(١) فتح القدير ٣٠٤/٦ .
(٢) المصنف لعبد الرزاق ٥٨/٨ .
(٣) أخبار القضاة لوكيع ٣٤٢/٢ .

والثانى : أن البائع يحتاج الى التأمل في أنه هل يصل إليى الثمن في المدة المعلومة تحرزا عن المماطلة من المشتري ٠(١) ٠

د- ولأنه نوع بيع فجاز أن يفسخ بتأخر القبض كالصرف ٠(٢)

٢- أدلة القائلين بعدم ثبوت خيار النقد :

استدل الشافعية ومن معهم لنفي خيار النقد بما يلى :

أ - أن خيار النقد في العقد شرط فاسد مفسد للعقد ، لأن قوله : إن لم تنقدنى الثمن إلي بثلاثة أيام فلا بيع بيننا توقيت للبيع وليس بفسخ له ، فمتى ترك النقد في الثلاثة الأيام صار كأنه قال : بعتك هذه السلعة الى ثلاثة أيام فيكون توقيتا للبيع ، وهو لا يصح ٠

ب- ولأن البيع المشتمل على خيار النقد بيع شرط فيه إقالة فاسدة ، لتعلقها بالشرط ، وهو دفع الثمن في المدة المعلومة ٠

والاقالة لا تتعلق بالشرط ، لأن فيها معنى التمليك فيفسد العقد ، لأنه لو شرطت فيه إقالة صحيحة يفسد العقد مثل : بعتك هذا بشرط أن تقبل البيع ، لأن شرط ما يخالف مقتضى العقد : فمن باب أولى أن يفسد البيع الذي يشتمل على إقالة

---

(١) البحر الرائق ٦/٦ ، درر الحكام ١٥٢/٢ ، مجمع الأنهر ٢٤/٢ ، المغنى ٥٩٣/٣ ، المبدع ٦٠/٤ ٠

(٢) البحر الرائق ٧/٦ ٠

فاسدة (١) ٠

ج – ولأنه علق فسخ العقد على غرر ، فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد ٠ (٢)

٣- أدلة المالكية

استدل المالكية على بطلان الشرط بأن العقد يشتمل على الغرر والمخاطرة ، كأنه زاد في الثمن على أنه إن نقده إلى ذلك الأجل فهي له ، وإلا فلا شيء فهذا من الغرر والمخاطرة ، وهذا لا يكون سبيله سبيل البيع الفاسد ، ولكن يبطل الشرط ويجوز البيع ٠ (٣)

ثالثا: مناقشة الادلة:

١- مناقشة أدلة المثبتين ٠

أ- قياس خيار النقد على خيار الشرط لا يصح ، لأن النص الوارد في خيار الشرط مخالف للقياس : وهو لزوم العقد بمجرد انعقاده ٠ وقد تقرر في كتب الأصول أن ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس ٠

وأجيب عن ذلك : أن المقرر في كتب الأصول عدم جواز القياس الجلي على ما ثبت على خلاف القياس أو الأصل ، بخلاف القياس الخفي ٠ إذ تقرر في كتب الأصول

---

(١) تبيين الحقائق ١٥/٤ ، مجمع الأنهر ٢٤/٢ ، البدائع ١٧٥/٥ ، المجموع ١٨١/٩ ، المغني٥٩٣/٣ ، فتح القدير ٣٠٣/٦ ٠

(٢) المغني ٥٩٣/٣ ٠

(٣) المدونة ٢٢٢/٣ ٠

أيضا جواز إلحاق حكم يثبت على خلاف القياس بغيره ، بطريق دلالة النص ، وبطريق الاستحسان الذي هو القياس الخفي ، وكل منهما محتمل هاهنا .(١)

وفي الحقيقة أن إلحاق خيار النقد بخيار الشرط ليس من باب القياس ، بل هو من باب الدلالة ، كما صرح الكمال بن الهمام حيث قال : " إن هذا في معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة ، لا قياسا . والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوي ، وفهم الملحق بمجرد فهم الأصل ، مع فهم الأصل مع فهم اللغة ... وكون هذا ينفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن ، وذاك ينبرم بتمامها بلا رد لا أثر له ، لأن المعتبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذى يفهمه من فهم اللغة " (٢) .

وقال ابن قدامة : " فهما سيان في المعنى متغايران في الصورة " .(٣)

ب- وقد أجيب عن القول إن خيار النقد في معنى خيار الشرط أنه ليس في معناه ، لأن المشتري في خيار الشرط لو سكت حتى مضت المدة المشروطة تم العقد ، وفي خيار النقد لو سكت حتى مضت المدة المعلومة بطل العقد .

ويجاب عن ذلك أن النظر في الإلحاق يكون إلى المعنى المنوط به الحكم ، وهو الحاجة الى التروي ، وهى موجودة فيهما ، وأما الزائد على ذلك فلا أثر له ، لأن المعتبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذى يفهم من اللغة (٤)- كما بينا سابقا -

----

(١) دور الحكام ١٥٢/٢ .
(٢) فتح القدير ٣٠٤/٦ .
(٣) المغني ٥٩٣/٣ .
(٤) شرح العناية ٣٠٤/٦ ، فتح القدير ٣٠٤/٦ .

٢ - مناقشة أدلة القائلين بعدم ثبوت خيار النقد ٠

إن ما ذهب إليه المانعون من ثبوت خيار النقد هو القياس لكن هذا القياس خولف بالنص كما في خيار الشرط للحاجة إلي التروي ، فقد كان حبان بن منقذ يغبن في البياعات إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم فجعل له الخيار ثلاثة أيام ، وقد روي هذا الحديث بألفاظ منها ما روى ابن عمر أنه قال :ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخرع في البيوع ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ٠" اذا بايعت فقل : لا خلابة(١)" فإذا خولف القياس في خيار الشرط للحاجة الى التروي، فلا مانع من مخالفته للحاجة إلى التروى في خيار النقد أيضا ٠

وأما القول بأنه علق فسخ البيع على غررفلا يصح ، لأن مدة الخيار معلومة ومحودة وعلى فرض وجود غرر ، فأنه يسير لا يؤثر في العقد ، وبخاصة إذا كانت هناك حاجة اليه قال الشيخ الدردير ٠(واغتفر غرر يسير للحاجة " (٢) ويقول النووي: " الأصل أن بيع الغرر باطل للحديث ، والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه ، فأما ما تدعو إليه الحاجة ، ولا يمكن الاحتراز عنه : كأساس الدار... فهذا يصح بيعه بالإجماع ، ونقل العلماء الاجماع في أشياء غررها حقير " ٠(٣)

----

(١) صحيح البخارى ١٩/٣ ٠

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٥٢/٣ ٠

(٣) المجموع للنووي ٢٤٦/٩ ٠

ويقول الكاساني في الكلام عن خيار الشرط : " هذا الخيار الأصل فيه المنع لما فيه من الغرر ، ولأنه مخالف لمقتضى العقد ، وإنما جاز بالنص للحاجة إلى دفع الغبن بالتأمل والنظر " . (١)

فإذا جاز خيار الشرط - مع ما فيه من الغرر - للحاجة إلى دفع الغبن بالتأمل والنظر ، يجوز خيار النقد - مع ما فيه من الغرر - للحاجة إلى التروي للتحرز عن مماطلة المشترى .

رابعا: القول المختار :

بعد عرض أقوال الفقهاء في ثبوت خيار النقد وأدلتهم ومناقشتها يتبين لي أن الراجح ما ذهب اليه الحنفية والحنابلة من أن خيار النقد يثبت لمن اشترطه للحاجة الماسة اليه ، ولأن الشروط يصح منها كل شرط إلا ما أحل حراما أو حرم حلالا ، عملا بقوله صلى الله عليه وسلم : " المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا" . (٢)

وقد قرر هذا العلماء المحققون كابن تيمية وابن القيم ، فقال ابن تيمية : " إن تصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعان : عبادات يصلح بها دينهم ، وعادات يحتاجون اليها في دنياهم . فباستقراء أصول الشريعة نعلم أن العبادات التى أوجبها الله وأحبها لا يثبت الأمر بها إلا بالشرع . وأما العادات فهي ما اعتاده الناس

---

(١) البدائع للكاساني ١٧٤/٥ .

(٢) صحيح البخارى ٥٢/٣ ، وسنن الترمذيي(٦٣٥/٣) وقال : حديث حسن صحيح .

في دنياهم مما يحتاجون إليه ، الأصل فيه عدم الحظر ، فلا يحظر منه إلا ما حظره الله سبحانه وتعالى " ٠(١)

وقال في موضع آخر : " الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل الا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا أو قياسا " ٠ واستدل لهذا الأصل بأدلة كثيرة من القرآن والسنة ٠" (٢)

وقال ابن القيم : " الضابط الشرعى الذي دل عليه النص كل شرط خالف حكم الله وكتابه فهو باطل ، وما لم يخالف حكمه فهو لازم " ٠ وقد جعل الالتزام بالشرط كالالتزام بالنذر حيث قال : " والشروط في حق المكلفين : كالنذر في حقوق رب العالمين ، فكل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمت بالنذر ، وكذلك كل شرط قد جاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط فمقاطع الحقوق عند الشروط ، وإن كان من علامات النفاق إخلاف الوعد وليس بمشروط ، فكيف الوعد المؤكد المشروط ، بل ترك الوفاء بالشرط يدخل في الكذب والخلف والخيانة والغدر " ٠(٣)

وان قيل : إن الحاجة إلي التروي تندفع بخيار الشرط ، فإنه إن لم ينقد الثمن انفسخ البيع ٠ أجيب عن ذلك بأن من له خيار الشرط لا يقدر على فسخ العقد في قول

---

(١) مجموع الفتاوي لابن تيمية ١٧/٢٩ ٠
(٢) القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية ٢١٠ ٠
(٣)اعلام الموقعين لابن القيم ٣/ ٤٨٠ - ٤٨١ ٠

خيار النقد باقية ٠(١)

ومن ناحية أخرى فإن البائع يريد خروج المبيع عن ملكه ، لكنه يخشى عدم وصول الثمن فيستوثق لنفسه بالثمن من الفسخ إذا لم ينقده المشتري الثمن ٠(٢) وهذا لا يتحقق له في خيار الشرط ٠

----

(١)شرح العناية على هامش فتح القدير ٣٠٤/٦ ٠

(٢) الخيار وأثره في العقود لعبد الستار أبو غده ٧٧١/٢ ٠

المبحث الثالث
شروط قيام خيار النقد

لا يقوم خيار النقد بمجرد حدوث الاشتراط في العقد ، بل لا بد من وجود شروط معينة وهي :

الشرط الأول : أن يقارن شرط خيار النقد العقد :

اتفق القائلون بخيار النقد على أنه لايصح اشتراطه قبل إجراء العقد ، إذ الخيار كالصفة للعقد فلا يذكر قبل الموصوف . جاء في الفتاوى العتابية : " لو قال جعلتك بالخيار في البيع الذى نعقده ، ثم اشتراه مطلقا ، لم يثبت الخيار في البيع " . (١)
وجاء في حاشية الرهونى : " إن البيع انعقد على هذا الشرط لا قبله " . (٢)وجاء في كشاف القناع : " هو أن يشترطا في العقد عقد في زمن الخيارين أي خيار المجلس وخيار الشرط " (٣) .

واختلفوا فيما إذا اشترط الخيار بعد العقد بتراضي الطرفين . فذهب الحنفية : إلي جواز ذلك قياسا على ما في النكاح من جواز الاتفاق بعد العقد على ما يتصل به: كالزيادة في المهر أو الحط منه . ودليل حكم الأصل قوله تعالى : " ولا جناح عليكم فيما
تراضيتم به من بعد الفريضة " (٤) قال الكمال بن الهمام :" يجوز إلحاق خيار الشرط

---

(١) الفتاوى الهندية ٤٠/٣ .
(٢) حاشية الرهونى ٢١٩/٥ .
(٣) كشاف القناع ٢٠٢/٣ .
(٤) آية : ٢٤ من سورة النساء .

بالبيع ، لو قال أحدهما بعد البيع ، ولو بأيام : جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح بالإجماع - أي إجماع أئمة الحنفية " .(١)

وذهب الحنابلة إلى أنه لا يجوز إلحاق شرط الخيار بالعقد بعد لزومه ، وانتهاء مدة الخيارين (خيار المجلس وخيار الشرط) قياسا على المنع من تقدم الخيار على العقد ، ولأن العقد بعد انتهاء مدة الخيار أصبح لازما ، فلا يصير جائزا بقول المتعاقدين (٢)

والذي أميل إليه ما ذهب اليه الحنفية من جواز إلحاق خيار النقد بعد العقد بتراضي الطرفين ، لأن للعاقدين التراضي على الإقالة والفسخ ، فكان لهما إلحاق الخيار به .

الشرط الثاني : أن تحدد مدة معلومة :

اتفق القائلون بخيار النقد على أنه لا بد من تحديد مدة معلومة ، فإذا لم يذكر له مدة : كأن يقول البائع للمشتري : إن لم تنقد الثمن فلا بيع ، أو ذكر له مدة مجهولة : كأن يقول : إن لم تنقد الثمن أياما يكون العقد فاسدا في الصورتين . قال في مجمع الأنهر : " لو لم يبين الوقت أصلا ، أو ذكر وقتا مجهولا فالبيع فاسد اتفاقا " : (٣)

---

(١) فتح القدير ٦/٣٠٠ .

(٢)كشاف القناع ٣/٢٠٢ .

(٣) مجمع الأنهر ٢/٢٥ ، وانظر أيضا : شرح العناية ٦/٣٠٣ ، كشاف القناع ٣/١٩٦ .

واختلفلوا في مقدار مدة خيار النقد على عدة أقوال :

القول الأول: ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنها مقدرة بثلاثة أيام فأقل ، فإن اشترى على أن ينقد الثمن إلى أربعة أيام لا يصح ، ويفسد العقد إن لم ينقد الثمن في اليوم الثالث ، فإذا نقد الثمن قبل انتهاء اليوم الثالث صح العقد .

ويستدل لهذا القول بأن خيار النقد في معنى خيار الشرط ، فكما لا يجوز الشرط أربعة أيام لا يجوز خيار النقد أربعة أيام .

ويستدل للمقيس عليه بحديث أبان بن أبي عياش عن أنس أن رجلا اشترى من رجل بعيرا واشترط عليه الخيار أربعة أيام ، فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع ، وقال : " الخيار ثلاثة أيام " .(١)

ويلاحظ على القائلين بهذا القول أن أبا حنيفة مرّ على أصله في خيار الشرط ، في حين أن أبا يوسف خالف أصله في خيار الشرط ، وبرر ذلك بأنه يوجد فرق بين خيار النقد وخيار الشرط في المدة ، فاذا جاز خيار الشرط بأكثر من ثلاثة أيام لم يجز خيار النقد بتلك المدة ، لأن القياس يمنع الزيادة على ثلاثة أيام في كليهما ، لكنه خولف بالنص في خيار الشرط فأجازه بأكثر من ثلاثة أيام ومن النصوص التى وردت في ذلك

----

(١) نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ٨/٤ ، وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة عبد الرزاق.

ما روي عن ابن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين ٠(١) أما خيار النقد فقد بقى على أصل القياس ، وهو عدم الزيادة على ثلاثة أيام ٠(٢)

القول الثاني: وذهب الحنابلة ومحمد بن الحسن الشيباني من الحنفية إلي أن مدة خيار النقد غير محددة بثلاثة أيام ، ويمكن أن تزيد بحسب اتفاق المتعاقدين ، فلهما تحديد المدة التى يريان أن فيها مصلحتهما ، ولو زادت على الثلاثة أيام ٠ جاء في كشاف القناع : " وإن قال البائع إن بعتك تنقدنى الثمن إلى ثلاثة أيام ، أو إلى معلومة أقل من ذلك أو أكثر والا فلا بيع صح البيع (٣) وجاء في تبيين الحقائق :" قال محمد يجوز الي أربعة أيام أو أكثر "(٤)٠

ويستدل لهذا القول بأن خيار النقد في معنى خيار الشرط ، فكما يجوز خيار الشرط أربعة أيام فأكثر ، يجوز خيار النقد أربعة أيام فأكثر ٠

القول الثالث: وذهب القاضي عياض من المالكية الى أن مدة خيار النقد يمكن أن تكون يوما أو يومين أو عشرة أيام لأن العرف دل على اعتبار هذه المدة ، وانها كافية لتحقيق التروي والاختبار (٥) ٠

----

(١) نصب الراية ٨/٤ ، وقال الزيلعى : غريب جدا ٠

(٢) البحر الرائق ٦/٦ ٠

(٣) كشاف القناع ١٩٦/٣ ٠

(٤) تبيين الحقائق ١٥/٤ ٠

(٥) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ٣٦٨ ، حاشية الرهونى ٢٢٠/٥ ، ومواهب الجليل ٤١٠/٤ ٠

القول الرابع : وذهب بعض المالكية الى أنه لا بأس بتحديد شهر للعقار : (الدور والأرضين) . أم العروض والحيوانات والمثليات فلا تزيد المدة فيها على ثلاثة أيام ، فإذا اشترط أكثر من ذلك صح العقد وبطل الشرط . لأن الحاجة إلى اختبار العقار أكثر(١) .

والذي أميل إليه ما ذهب إليه الحنابلة ومحمد بن الحسن من أن المدة تكون بحسب ما يتفق عليه المتعاقدان ، ولو زادت على ثلاثة أيام ، لأن خيار النقد حق يثبت بالشرط فيرجع في تقدير مدة الخيار إلي الاشتراط والتراضي . ولأن الأصل في المعاملات والشروط الإباحة ما لم يأت نص يمنع أو يحرم - كما بينا سابقا .

الشرط الثالث : أن تتصل مدة الخيار بالعقد :

والمراد باتصال المدة أن تبدأ من فور إبرام العقد ، فلو قال : ثلاثة أيام من أول الشهر القادم فسد العقد عند الحنفية والحنابلة لمنافاة هذا الشرط لمقتضى العقد ، وهو حصول آثاره مباشرة . لكن الحنفية لا يبطلون هذا العقد ، لأنه يمكن تصحيحه ، وذلك باعتبار المدة الفاصلة بين العقد والمدة المحددة داخله في مدة الخيار ، والا فسد العقد . (٢)

----

(١) المراجع السابقة .

(٢) البدائع ٥/٣٠٠ ، المغني ٣/٥٨٨ .

الشرط الرابع : أن لا يكون العقد مما يشترط فيه القبض في المجلس :

صرح ابن قدامه أن ما يشترط فيه القبض في المجلس : كالصرف والسلم ، وبيع مال الربا بجنسه لا يدخله خيار الشرط رواية واحدة ، لأن موضوعها على أن لا يبقى بينهما علقة بعد التفرق بدليل اشتراط القبض ، وثبوت الخيار يبقى بينهما علقه ٠(١)

وخيار النقد في معنى خيار الشرط لا يثبت في العقود التى يشترط لها القبض في المجلس ، وانما يثبت في العقود التى تقبل تأجيل القبض من العقود اللازمة القابلة للفسخ : كالبيع والإجاره والصلح وغير ذلك ٠كما قال فى النهر : " إنه يأتي في الخلع أيضا ، وفي الأجارة والصلح ،حيث اعتبر بيعا " (٢) ٠

الشرط الخامس : أن لا يكون محل العقد الذى يشتمل على خيار النقد مما يتسارع إليه التغيير والفساد :

ذكر ذلك بعض المالكية ، حيث قالوا : إن شرط خيار النقد جائز فيما لا يتسارع إليه التغير : كالرباع وما أشبهها ، ويكره فيما يسرع إليه التغير : كالخضروات والفواكه (٣) لأنها لا تحتمل التأخير نظرا لتسارع التلف اليها ٠

----

(١) المغني ٥٩٤/٣ ٠
(٢) در المنتقى ٢٤/٢ ٠
(٣) تحرير الكلام في مسائل الالتزام حاشية الرهونى ٢١٩/٥ ٠

المبحث الرابع
صاحب خيار النقد والآثار المترتبة على اشتراطه

خيار النقد ما هو إلا سلطة ممنوحة لصاحب الخيار ، يحق له بموجبها إمضاء العقد أو رده خلال مدة معينة ، ويترتب على اشتراطه آثار في صفة العقد وحكمه .

أولا : صاحب خيار النقد :

قد يكون خيار النقد للمشتري أو للبائع أو لأجنبي بحسب الصورة التى يظهر فيها :

١- اشتراط خيار النقد للمشترى :

فإذا كان في صورة : بعتك هذه السلعة على إن لم تنقدني الثمن إلى أجل كذا فلا بيع بيننا . فالخيار للمشتري ، لأنه المتمكن من إمضاء البيع ورده . والبائع هو المنتفع بالخيار كما قال ابن نجيم : " والعجب في مسألة الكتاب - أي هذه الصورة - المنتفع بهذا الشرط هو البائع مع أنهم جعلوا الخيار للمشتري باعتبار أنه المتمكن من إمضاء البيع بالنقد ومن فسخه بعدمه " (١).

٢- اشتراط خيار النقد للبائع :

وإذا كان في صورة : اشتريت منك هذه السلعة بثمن كذا على أنك إن رددت إلي

---

(١) البحر الرائق ٧/٦ .

الثمن إلى أجل كذا فلا بيع بيننا . كان الخيار للبائع ، لأنه المتمكن من إمضاء البيع بعدم رد الثمن ، ومن إبطاله برد الثمن . والمشتري هو المنتفع بالخيار ، كما قال ابن نجيم : " المنتفع بهذا الشرط هو المشتري ، مع أنهم جعلوا الخيار للبائع باعتبار أن البائع متمكن من الفسخ ، إن رد في المدة ومن الإمضاء إن لم يرده " .(١)

٣- اشتراط خيار النقد للأجنبي:

وإذا كان في صورة : ما إذا اشترى شيئا وقبضه ، ثم وكل المشتري رجلا على أنه إن لم ينقد الثمن إلي خمسة عشر يوما ، فإن للوكيل أن يفسخ العقد بينهما جاز البيع ، لأن الشرط لم يكن في البيع ، حتى لو لم ينقد الثمن إلى خمسة عشر يوما كان للوكيل أن يفسخ .(٢) وفي هذه الصورة يكون الخيار للأجنبي .

ثانيا: آثار خيار النقد:

خيار النقد شرط يقترن بالعقد وتترتب عليه آثار في صفة العقد وحكمه .

١- آثار خيار النقد في صفة العقد:

العقد المقترن بخيار النقد عقد غير لازم أو جائز ، يستطيع صاحب الخيار أن يتحلل منه ، ويبطله بدون توقف على رضا العاقد الآخر ، لأن الخيار وهو التخيير بين

----

(١) المرجع نفسه .
(٢) در المنتقى ٢٥/٢ .

الفسخ والإجازة يمنع اللزوم ، كما قال ابن قدامة (١) . وإذا أجيز العقد لزم بأثر رجعى، وكأنه انعقد منذ البداية دون خيار .

٢- أثر خيار النقد في انتقال الملك:

الأصل في عقد البيع انتقال ملك المبيع الى المشتري ، وملك الثمن الى البائع ، هذا في العقد اللازم المطلق عن الخيار .

أما العقد المقترن بشرط الخيار ، فقد اختلف العلماء في انتقال الملك على أقوال:

القول الأول : ذهب المالكية في المعتمد عندهم والشافعي في قول وأحمد في رواية إلى عدم انتقال الملك في زمن الخيار ، لأن العقد الذي فيه الخيار عقد قاصر ، فلم ينتقل الملك كالهبة قبل القبض .

القول الثاني : ذهب الحنابلة في ظاهر المذهب والشافعي في قول ثان إلى انتقال الملك بمجرد انعقاد العقد ، فينتقل المبيع إلى ملك المشتري ، والثمن إلي ملك البائع ، لأنه بيع صحيح ، فنقل الملك عقيبة كالذي لا خيار له ، ولأن البيع تمليك فيثبت به الملك كسائر البيع ، وثبوت الخيار فيه لا ينافيه : كما لو باع عرضا بعرض فوجد كل واحد منهما بما اشتراه عيبا .

القول الثالث : ذهب الحنفية والشافعية في أظهر الأقوال إلى التفريق بين ما إذا كان الخيار للبائع ، أو للمشترى .

---

(١) المغني ٥٧٢/٣ .

أ - فاذا كان الخيار للبائع فالملك باق له ، لأن اشتراط الخيار منه إبقاء على ملكه ، فلا ينتقل إلي المشتري ·
ب- واذا كان الخيار للمشتري فالملك زائل عن البائعْ ، لأن العقد لازم من جهة من لا خيار له وهو البائع ·(١)

وفي هذه الحالة هل يدخل المبيع في ملك المشتري أم لا ؟

اختلف القائلون بهذا القول إلي رأيين :

فذهب أبو حنيفة إلي أن المبيع لا يدخل في ملك المشتري ، لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ، فالثمن لم يخرج عن ملك المشتري ، لأن الخيار يعمل في حق من له الخيار ، فلو دخل المبيع في ملك المشتري لدخل بلا عوض ، واجتمع في ملك شخص واحد العوض والمعوض ، ولا عهد لنا به في الشرع ·

وقد ذكر لهذا نظائر في الشرع نذكر منها : عبيد الكعبة فهم يخرجون عن ملك ملاكهم ولا يدخلون في ملك أحد عند الشراء للكعبة · وكذا التركة المستغرقة بالدين تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ·

وذهب الشافعية والصاحبان من الحنفية الى أن المبيع يدخل في ملك المشتري ، لأنه لو خرج من ملك البائع ، ولم يدخل في ملك المشتري لكان زائلا لا إلى مالك - أي

----

(١) البدائع ٢٦٤/٥ ، البحر الرائق ٩/٦ ، حاشية الدسوقي ١٠٣/٣ ، بداية المجتهد لابن رشد ٢١١/٢ ، مغني المحتاج ٤٨/٢ ، المغني ٥٧١/٣ ، كشاف القناع ٢٠٧/٣ ·

سائبة - ولا عهد لنا به في الشرع ٠(١)

وقد اختارت مجلة الأحكام العدلية قول الصاحبين ، فجاء في أحكام خيار الشرط: " إذا شرط الخيار للمشتري فقط خرج المبيع عن ملك البائع وصار ملكا للمشتري " ٠

والراجح ما ذهب اليه الحنابلة ومن معهم من أن الملك ينتقل بمجرد انعقاد العقد ، فينتقل المبيع إلي ملك المشتري بمجرد انعقاد العقد المقترن بخيار النقد ، لأنه بيع صحيح فنقل الملك عقيبه كالذي لا خيار فيه ٠ وأما القول بأنه قاصر فغير صحيح ، لأن فسخه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك كبيع المعيب ٠

٣- اثر خيار النقد في تسليم المبيع :

ذهب الفقهاء القائلون بجواز خيار النقد إلى أنه لا يجب تسليم المبيع في مدة الخيار في حال الإطلاق وعدم الاشتراط لاحتمال الفسخ ، ما لم تمض مدة الخيار ، أو يسقط صاحب الخيار خياره ٠ كما ذهبوا الى أن تسليم المبيع عن طواعية واختيار جائز، ولا أثر للتسليم على الخيار ، إذا كان التسليم على وجه الاختبار والنظر في صلاحه وعدمه ٠ أما إذا كان التسليم على وجه التمليك - والخيار للبائع - فإن خياره يبطل٠ (٣)

----

(١) البحر الرائق ١٤/٦ ، تبيين الحقائق ١٦/٤ ، مغني المحتاج ٤٨/٢ ٠

(٢) مجلة الأحكام العدلية مع شرح القاضى ٢٩٣/١ - ٢٩٤ ٠

(٣) البحر الرائق ١٥/٦ ، حاشية الدسوقي ٩٥/٣ ، المغني ٥٧٨/٣ ٠

وأما في حال اشتراط تسليم المبيع للاختبار والنظر في صلاحه للمشترى وحاجته إليه ، فيفترق فيها المثلي عن غير المثلي عند المالكية ، كما جاء في حاشية الدسوقي : " من اشترى مالا يعرف بعينه بخيار : كالمكيل والموزون والمعدود (المثلي) وشرط البائع ، أو المشتري الغيبة مدة الخيار (أي تسليم المبيع والغيبة عليه من المشتري) فإن ذلك يوجد فساد البيع لتردد المبيع بين السلفية والثمنية ، لأنه بتقدير الإمضاء مبيع ، وبتقدير الرد سلف لامكان الانتفاع به " . وإذا كان المبيع غير مثلي أو يعرف بعينه فاشتراط تسلمه والغيبة عليه من المشترى جائز وملزم . (١)

---

(١) حاشية الدسوقي ٩٥/٣ ، والخيار وأثره في العقود للدكتور/ عبد الستار أبو غدة ٢٩٢/١ - ٢٩٤ .

المبحث الخامس
زوال خيار النقد

خيار النقد - باعتباره مؤقتا بمدة معينة - إما أن يظل إلى أن تنتهي المدة وإما أن يسقط قبل ذلك .

أولا : مسقطات خيار النقد :

قد يقع خلال مدة خيار النقد ما يوجب سقوط الخيار وبطلانه ، فيبطل حق من له الخيار في التمكن من الإمضاء أو الرد . ومن هذه المسقطات :

١- موت من له الخيار :

خيار النقد لا يورث عند الحنفية والحنابلة ، لأنه من الحقوق المجردة ، إذ هو مجرد رغبة ومشيئة ، والرغبات ليست محلا للإرث .

وهذا الحكم يستوي فيه ما إذا كان الخيار للبائع أو للمشتري إلا أنه أنه إذا كان الخيار للبائع في رد الثمن يلزم البيع بموته ، لأن الموجب لامضاء العقد هو عدم رد الثمن، وقد تحقق عدم الرد بموته . وإذا كان الخيار للمشترى في نقد الثمن يبطل البيع بموته ،وليس لوارثه أن يؤدي الثمن ويأخذ المبيع ،لأن الموجب للإمضاء هو نقد الثمن من المشتري ولم يتحقق النقد قبل موته،ويتعذر بعد موته حيث لا يخلفه أحد فيه .(١)
واستثنى الحنابلة حالة ما إذا طالب صاحب الخيار بحقه في الخيار قبل موته فإنه

---

(١) مجلة الأحكام العدلية مع شرح القاضي ٢٩٨/١ .

يورث عنه ، وينتقل إلى مورثه ، جاء في المغني : " المذهب أن خيار الشرط بالنسبة للميت منهما يبطل بموته ، ويبقى خيار الآخر بحاله إلا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته فيه ، فيكون لورثته ." (١) وخيار النقد يجري مجرى خيار الشرط .

٢- التصرف في المبيع في مدة الخيار :

إذا تصرف المشتري بالمبيع بالبيع ونحوه في مدة خيار النقد ، قبل أن ينقد الثمن سقط خياره ، وعندئذ يصح البيع ، ويلزم ويجبر على نقد الثمن . قال ابن نجيم : " جاء في الخانية : اشترى جارية على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، وقبض المشتري فباع ولم ينقد الثمن حتى مضت الأيام الثلاثة جاز بيع المشتري، وللبائع الأول على المشتري الأول الثمن " .(١)

وجاء في المغني : " إذا تصرف أحد المتبايعين في مدة الخيار تصرفا ينقل المبيع: كالبيع والهبة والوقف .. لم يصح تصرفه ... إلا أن يكون الخيار للمشتري وحده فينفذ تصرفه ويبطل خياره لأنه لا حق لغيره فيه ، وثبوت الخيار له لا يمنع تصرفه فيه كالمعيب قال أحمد : إذا شرط الخيار فباعه قبل ذلك بربح ، فالربح للمبتاع لأنه قد وجب عليه حين عرضه يعني بطل خياره ولزمه " .(٢)

٣- تعيب المبيع في مدة الخيار :

اذا حدث في المبيع عيب لا بفعل أحد يمنع رده للبائع ، ولم ينقد الثمن سقـــط

---

(١) البحر الرائق ٧/٦ .

(٢) المغني ٥٧٤/٣ .

خيار النقد ، وخير البائع حينئذ بين أخذ المبيع ناقصا ولا شيء له من الثمن ، وبين أن يترك المبيع للمشتري ويستوفي منه الثمن .

جاء في البحر الرائق : " إذا حدث بها عيب لا بفعل أحد ، ثم مضت الأيام الثلاثة قبل أن ينقد الثمن خير البائع إن شاء أخذها مع النقصان ولا شيء له من الثمن، وإن شاء ترك وأخذ ثمنها ".(١)

٤- هلاك المبيع في مدة الخيار :

إذا أتلف المشتري أو الأجنبي المبيع في مدة الخيار بعد قبض المشتري له سقط الخيار ، وعندئذ يلزم المبيع ويجبر المشتري على نقد الثمن .

جاء في البحر الرائق : " في الخانية اشترى جارية على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، وقبض المشتري فباع ولم ينقد الثمن حتى مضت الأيام الثلاثة جاز بيع المشتري ، وللبائع الأول على المشتري الأول الثمن .

وكذا لو قتلها المشتري في الأيام الثلاثة أو ماتت ، أو قتلها أجنبي خطأ وغرم

---

(١) البحر الرائق ٦/٧ ، حاشية ابن عابدين ٤/٥٧١ .

القيمة ، لزم البيع " ٠(١)

وجاء في المغنى " إن تلف المبيع بعد القبض في مدة الخيار فهو من ضمان المشتري ويبطل خياره " ٠(٢)

هذا إذا كان هلاك المبيع بعد القبض ، أما إذا كان قبل القبض فيسقط خيار المشتري ويبطل البيع ، وكان المبيع من ضمان البائع .(٣)

٥- نقد الثمن في مدة الخيار :

نقد الثمن في مدة خيار النقد يسقطه ، ويلزم العقد بنقد الثمن ، لأن لزوم العقد معلق عليه ٠

ثانيا : انتهاء خيار النقد :

ينتهى خيار النقد بانتهاء المدة المحددة لهذا الخيار ، فإذا لم ينقد المشترى الثمن خلال تلك المدة ، فهل ينفسخ العقد أو يفسد ؟

---

(١) البحر الرائق ٧/٦ ، حاشية ابن عابدين ٥٧١/٤ ٠
(٢) المغني لابن قدامة ٥٦٩/٣ ٠
(٣) المرجع نفسه ٠

اختلف القائلون بهذا الخيار في ذلك على قولين :

القول الأول : ذهب بعض الحنفية والحنابلة في قول إلى أن العقد يفسد بمضي المدة التى وقتها له قبل نقد الثمن .

جاء في الفتاوى الصغرى : " ولو مضت الثلاثة ولم ينقد الثمن فسد البيع " . وقال في البحر الرائق ." إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام يفسد البيع ، ولا ينفسخ وقال القاضى الإمام ظهير الدين : " هنا مسألة لا بد من حفظها ، وهي أنه إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام يفسد البيع ولا ينفسخ ، حتى لو أعتقه المشتري ، وهو في يده نفذ عتقه ، وإن كان في يد البائع لا ينفذ " .(١)

القول الثانى : ذهب بعض الحنفية والحنابلة في الصحيح من المذهب إلى أن العقد ينفسخ بمضي المدة . قال الأتقانى : " ثم انفساخ العقد عند عدم النقد في الثلاثة مذكور في الطحاوي ، وصرح به صاحب الإيضاح أيضا ، وإليه ذهب صاحب المختلف"(٢) .

وقال البهوتى الحنبلي : " وينفسخ البيع إن لم يفعل ، أي لم ينقده المشترى الثمن في المدة ، وهو تعليق فسخ البيع على شرط " .(٣)

---

(١) البحر الرائق ٧/٦ ، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١٦/٤ ، العقود الدرية لابن عابدين ٢٥٧/١ .

(٢) البحر الرائق ٧/٦ .

(٣) كشاف القناع ١٩٦/٣ .

وقال المرداوى : " فإن مضى الزمن الذى وقته له ، ولم ينقده الثمن ، انفسخ العقد على الصحيح من المذهب ، وجزم به في المغنى والشرح والرعاية الكبرى والفائق وقدمه في الفروع " .(١)

والذى أميل إليه ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى من أن العقد ينفسخ بانقضاء المدة دون نقد الثمن ، لأن العقد منعقد منذ إبرامه لتوفر شروط صحة العقد ، وتترتب عليه أحكامه من انتقال الملك .وهذا الخيار ما هو إلا تعليق فسخ العقد على شرط عدم النقد في المدة المعينة . ويترتب على ذلك أنه في حال تلف المبيع يكون ضمانه بالقيمة بالغة ما بلغت لسقوط أثر التسمية بالانفساخ ، بخلاف ما إذا اعتبر فاسدا فإن ضمانه يكون بالأقل من القيمة والثمن المسمى في العقد .

----

(١) الإنصاف ٣٥٩/٤ .

المبحث السادس
تطبيقات خيار النقد في معاملات المصارف الاسلامية

من خلال دراستنا لخيار النقد نستخلص أهم المبادىء التى يمكن استثمارها في الواقع العملى للمصارف الاسلامية :

١- خيار النقد حق يثبت بالاشتراط من قبل أحد العاقدين ، يخوله من التمكن من إمضاء العقد أو رده .

٢- يمكن أن يكون خيار النقد للبائع أو للمشترى أو لأجنبي عنهما . فالغرض الأساسي...من خيار .... النقد بالنسبة للمشتري هو إعطاء الفرصة الكافية للتأمل في معرفة مقدرته على نقد الثمن في المدة المحددة .والغرض الأساسى من خيار النقد بالنسبة للبائع التحرز عن مماطلة المشتري في دفع الثمن ، والغرض في حالة كون صاحب الخيار هو الأجنبي هو نفس الغرض المبين فيمن ينوب عنه الأجنبي من البائع أو المشترى.

٣- اشتراط خيار النقد كما يكون عند إبرام العقد يكون بعده .

٤- مجال خيار النقد العقود اللازمة القابلة للفسخ ، مما لا يشترط لصحتها القبض في المجلس .

٥- مدة خيار النقد تكون بحسب ما يتفق عليه المتعاقدان ولو زادت على ثلاثة أيام .

٦- ينتقل ملك المبيع في البيع المقترن بخيار النقد إلى المشتري ، إذا كان الخيار له ، وفي هذه الحالة يتمكن المشتري من التصرف بالمبيع بالبيع ، فإذا باعه لزم البيع ٠

٧- خيار النقد لا يورث عند القائلين به ، إلا إذا طالب صاحب الخيار بحقه في الخيار عند الحنابلة ٠

٨- لا يجب تسليم المبيع في عقد البيع المقترن بخيار النقد ، ولكن يجوز للبائع أن يسلم المبيع عن طواعية واختيار بقصد التجربة والاختبار ٠

وفيما يلى بعض تطبيقات خيار النقد في معاملات المصارف الاسلامية:

أولا: الوعد بالشراء وخيار النقد:

بناء على ثبوت خيار النقد يمكن الاستفادة منه في معاملات المصارف الإسلامية التجارية التى تقوم على الوعد بالشراء إذ أن المصرف يتفق مع بعض الزبائن على بيع بعض السلع ، فيشتري المصرف - بناء على هذا الوعد - السلعة ويقوم بعد ذلك بإبرام العقد مع من وعد بالشراء ٠

ولما كان الوعد بالشراء غير لازم عند جمهور الفقهاء فلا بد للمصرف من أن يحتفظ لنفسه عند شراء السلعة بأن يشترط خيار النقد فيقول :" إن لم انقدك الثمن في مدة كذا فلا بيع بيننا "٠ فإذا وفّى المشتري الثانى بوعده واشترى السلعة من المصرف في المدة المحددة في خيار النقد لزم البيع الأول ، وباع المصرف ما يملك، لأن ملك المبيع ينتقل إلى المشتري إذا كان الخيار له ٠وإذا أخلف الواعد بالشراء ،ولم يبرم العقد مع المصرف استطاع أن يبطل البيع ويرد السلعة بعدم نقد الثمن في المدة المحددة ٠

واستعمال هذا النوع من الخيارات يحل مشكلة التخزين التى تعانى منها كثير من الشركات التجارية .

ثانيا: تسويق السلع العالمية وخيار النقد:

كما يمكن الاستفادة من خيار النقد في إعطاء المصرف الاسلامى الفرصة الكافية لتسويق السلعة . فقد يلجأ المصرف الى شراء بعض السلع العالمية ، ثم يبحث لها عن راغبين من التجار .

ولما كانت عملية البحث قد تطول وتتأخر فلابد للمصرف من أن يحتاط لنفسه ببعض الشروط التى تعطيه الفرصة الكافية لعرض السلعة على الراغبين ، فيشترط خيار النقد ، فإذا وجد الراغبين في السلعة أبرم معهم عقودا ، وبمجرد ابرام تلك العقود يسقط خيار النقد ، ويلزم البيع الأول بأثر رجعي من وقت انعقاد العقد .

ثالثا: التحرز عن مماطلة المشترييفي دفع الثمن:

بناء على أن الغرض الأساسي من خيار النقد بالنسبة للبائع التحرز عن مماطلة المشتري في دفع الثمن ، يمكن للمصرف الإسلامى أن يشترط لنفسه خيار النقد خلال مدة معينة ، فإذا قام المشتري بنقد الثمن لزم البيع ، وإلا فلا بيع بينه وبين المشتريالذى يخشى منه المماطلة في دفع الثمن .

رابعا: التحرز عن مماطلة المشتري في دفع القسط الأول:

كما يجوز للمصرف الاسلامى أن يشترط خيار النقد في البيع بالتقسيط

باشتراط نقد القسط الأول خلال مدة معينة ، كأن يقول : إن لم تنقدني القسط الأول في مدة ثلاثة أيام فلا بيع بيننا ، وبذلك يتحرز المصرف عن مماطلة المشترى بالنسيئة في دفع القسط الأول .

خامسا: التحرز عن مماطلة المستأجر في دفع الأجرة:

كما يجوز للمصرف الاسلامى أن يشترط خيار النقد في عقد الإجارة للتحرزعن مماطلة المستأجر في دفع الأجرة .

الخاتمـــــــــة

في نهاية المطاف نقول كلمة أخيرة . .

إن التطبيق الإسلامى للنظم الاسلامية هو خير وسيلة لحث الباحثين في مجال الفقه الإسلامى على استخراج ما في خبايا الزوايا من أحكام ، وإظهارها في ثوب جديد، يمكن الاستفادة منها في التطبيق الإسلامى المعاصر .

وإن التراث الفقهي الذى خلفه الأئمة المجتهدون ومن بعدهم معين لا ينضب للنظم الكفيلة برعاية المجتمع الإسلامي وتصحيح مساره ، لأن الفقه هو الميزان الذى توزن به تصرفات الناس .

وقد أظهر هذا البحث " خيار النقد " في ثوب جديد يمكن الاستفادة منه في مجال المعاملات التجارية للمصارف الاسلامية ، فنبه الباحث إلى بعض التطبيقات المعاصرة التى تحتاج الى هذا الخيار . ولن يقف عند حد هذه التطبيقات ، بل سيتعداه - بعد التعريف بهذا الخيار - إلي تطبيقات أخرى إن شاء الله تعالى .

مصادر البحث

اولا: كتب الاحاديث:

١- سبل السلام للإمام محمد بن إسماعيل الصنعاني - مكتبة الرسالة الحديث - ببيروت .

٢- صحيح البخاري لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (٢٥٦هـ) - المكتب الاسلامى - استانبول - ١٩٧٩ م .

٣- المصنف لأبي بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن أبي شيبة (٢٣٥هـ) مطبعة العلوم الشرقية بالهند - ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨م .

٤- نصب الراية. الأحاديث الهداية - لجمال الدين الزيلعي - (ت ٧٦٢ هـ) - المكتب الاسلامي - الطبعة الثانية ١٣٩٣ هـ - بيروت .

ثانيا: كتب الفقه والاصول:

أ- الفقه الحنفي:

٥- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين إبراهيم بن محمد بن نجيم (٩٧٠هـ) دار المعرفة ببيروت .

٦- تبيين الحقائق شرح كنز القائق - لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى (٤٧٣ هـ) دار المعرفة ببيروت . وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق .

٧- حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار) لمحمد أمين الشهير بابن عابدين (١٢٥٢هـ) - دار الفكر ببيروت ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

٨- در المنتقى في شرح الملتقى لمحمد بن علاء الدين الإمام الحصكفي (١٠٨٨هـ)على هامش مجمع الأنهر - دار إحياء التراث العربي ببيروت .

٩- الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفي مع رد المحتار لابن عابدين .

١٠- درر الحكام في شرح غرر الأحكام لمحمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو (٨٨٥هـ) طبعة استانبول ١٩٧٨م .

١١- شرح العناية على الهداية لمحمد بن محمود البابرني (٧٨٦ هـ) على هامش الهداية مطبعة دار الفكر ببيروت - الطبعة الثانية - ١٩٧٧ م .

١٢- العقود الدرية في تنقيح الفتاوي الحامدية لمحمد بن أمين الشهير بابن عابدين (١٢٥٢هـ) - دار المعرفة ببيروت - طبعة ٢ .

١٣- فتح القدير - لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (٨٦١ ه) - دار إحياء التراث العربي ببيروت .

١٤ - مجلة الأحكام العدلية مع شرحها - لمنير القاضى - مطبعة العانى ببغداد ١٩٤٩ م .

١٥ - مجمع الأنهر - لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان داماد المدعو بشيخ زاده (١٠٧٨ هـ) دار إحياء التراث العربي ببيروت .

١٦ - ملتقى الأبحر لإبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي (ت ٩٥٦هـ) مؤسسة الرسالة ببيروت الطبعة الأولي - ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩ م .

١٧- منحة الخالق لابن عابدين على هامش البحر الرائق لابن نجيم (٩٧٠ هـ) دار المعرفة ببيروت .

١٨ - الهداية شرح بداية المهتدى - لأبي الحسن على بن أبي بكر عبد الجليل المرغينانى (٥٩٣ هـ) - مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة .

ب - الفقه المالكي:

١٩- تحرير الكلام في مسائل الالتزام - لأبي عبد الله محمد بن محمد الحطاب (٩٥٤هـ) دار الغرب الإسلامي - بيروت - ط ١ - ١٩٨٤ م .

٢٠- حاشية الخرشي على مختصر خليل - لأبي عبد الله محمد بن عبيد الله بن على الخرشي (١٠١ هـ) - دار صادر ببيروت .

٢١ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي (١٢٣٠ هـ) - دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة .

٢٢- حاشية الرهونى على شرح الزرقاني لمختصر خليل لمحمد بن أحمد بن يوسف الرهوني - المطبعة الأميرية بالقاهرة - ١٣٠٦ هـ .

٢٣- حاشية العدوى على الخرشي على خليل لعلي بن أحمد الصعيدي العدوي (١١٨٩) على هامش الخرشي على مختصر خليل - دار صادر ببيروت .

٢٤- الكافي في فقه أهل المدينة - لأبي عمر يوسف بن عبد البر النمري (٤٦٤ هـ) مكتبة الرياض الحديثة ١٤٠٠ هـ .

٢٥ - المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي (١٧٩ هـ) برواية سحنون عبد السلام بن سعيد التنوخي (٢٤٠ هـ) عن عبد الرحمن بن القاسم العتقي (١٩١ ه) عن الإمام مالك - طبعة دار الفكر ببيروت .

٢٦ - مختصر خليل للشيخ خليل بن إسحق (ت ٧٧٦ هـ) - دار إحياء الكتب العربية - القاهرة .

٢٧ - منح الجليل على مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش (١٢٩٩) مكتبة النجاح بليبيا .

ج - الفقه الشافعي:

٢٨ - حاشية قليوبي على شرح المنهاج لشهاب الدين القليوبي (١٠٦٩ هـ) مطبعة

عيسى البابي الحلبي بمصر .
٢٩ - رحمة الأمة في اختلاف الأئمة لمحمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثمانى (القرن ٨ هـ) مطبوع على هامش الميزان للشعرانى - دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة .
٣٠ - الفتاوى الكبرى الفقهية لابن حجر المكى الهيتمى (ت ٩٧٤ هـ) المكتبة الاسلامية ببيروت .
٣١ - المجموع شرح المهذب ليحيى بن شرف بن مرى الحورانى النووي (٦٧٦ هـ) - دار العلوم للطباعة بالقاهرة - ١٩٧٢ م .
٣٢ - مغنى المحتاج للشيخ محمد الشربينى الخطيب (٩٧٧ هـ) مطبعة مصطفى البابى الحلبي بالقاهرة ١٩٥٨ م .

د- الفقه الحنبلي:

٣٣- اعلام الموقعين لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم (٧٥١ هـ) دار الكتب الحديثة بالقاهرة - ١٣٨٩هـ .
٣٤ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين على بن سليمان المرداوى (٨٨٥هـ) - مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة ط ١ - ١٣٧٥ ء - ١٩٥٦ م .
٣٥ - القواعد النورانية لشيخ الإسلام ابن تيمية (ت ٧٢٨ هـ) - مطبعة جاويد رياض بالهند - ط ١ - ١٩٨٢ م .
٣٦ - كشاف القناع عن متن الاقناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٥١ هـ) مطبعة النظر الحديثة بالرياض .
٣٧ - المبدع في شرح المقنع لأبي عبد الله محمد بن مفلح (٧٦٣ هـ) - المكتب الإسلامي ببيروت - ط ١ - ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .
٣٨ - مجموع الفتاوى لشيخ الاسلام ابن تيمية (ت ٧٢٨ هـ)- دار العربية ببيروت.

٣٩ - المغنى على مختصر الخرقي لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (٦٢٠ هـ) مكتبة الرياض الحديثة بالرياض .

ثالثا: كتب اللغة:

٤٠ - القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادى (ت ٨١٧ هـ) مؤسسة الرسالة ببيروت - ط ١ - ١٩٨٦ م .

٤١ - لسان العرب لأبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور (ت ٧١١ هـ) - دار لسان العرب ببيروت .

٤٢ - المصباح المنير لأبي العباس أحمد بن محمد الفيومي (ت ٧٧٠ هـ) - المطبعة الأميرية بالقاهرة - ط ٦ - ١٩٢٦ م .

رابعا: الكتب الحديثة:

٤٣ - الخيار وأثره في العقود للدكتور / عبد الستار أبو غدة - مطبعة مقهوى بالكويت - ط ٢ - ١٩٨٥ م .

٤٤ - المدخل الفقهى العام للاستاذ مصطفى أحمد الزرقا - دار الفكر ببيروت - ط١٠.

القواعـــد الأصولية
لدفع التعارض
بين النصوص في الفقه الإسلامي

بقلم

الدكتور عبدالسلام صبحي حامد *

- - - - - - - - - - - - -

*عمل أستاذاً مساعداً بقسم الدراسات الإسلامية بكلية الآداب بجامعة الإمارات العربية المتحدة ، ويعمل الآن بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت ، له بحوث ومؤلفات في أصول الفقه الإسلامي وقواعد الفقه الكليّة .



بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة : -

الحمد لله الذي أنزل الكتاب مبيناً ، وارتضى الإسلام ديناً ، والصلاة والسلام على رسوله الكريم ، محمد بن عبدالله ، الهادي البشير ، والسراج المنير ، الذي بعثه الله بالحق وأنزل معه شريعة محكمة آياتها ، مفصلة أحكامها ، حلالها بيِّن وحرامها بيِّن ، متسقة لاعوج فيها ولا خلل ، كاملة لا نقص فيها ولا اضطراب ، متوافقة لا تمانع فيها ولا تعارض ، بينة لا تدافع فيها ولا اختلاف .

وبعد :

فإنه من المعلوم أن طريق الوصول إلى الحكم الشرعي محكوم بقواعد وأسس تختص بالأدلة الشرعية ، سواء أكان ذلك متعلقاً بكل دليل على حدة ، أم كان متعلقاً بأكثر من دليل ، ومن هذه القواعد والأسس ما يختص بكيفية استفادة الحكم من الأدلة المجتمعة على مسألة واحدة بحكمين مختلفين ، والتي قد يقضي فيها بحسب ظاهرها ، وهو ما يسميه الأصوليون بالتعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية .

وقد عني الأصوليون في كتب أصول الفقه بهذه القواعد والأسس ، فتناولوها بالشرح والبيان حتى يقف المجتهد على مايلزمه نهجه ، ويتحتم عليه إثباته عند تعارض دليلين ، وماينبغي التعويل عليه عند الترجيح .

ومن خص هذا الموضوع بالتأسيس والبيان من العلماء الكرام ، عليهم رحمة الله تعالى " الإمام الشافعي في كتابه " اختلاف الحديث " وابن قتيبة في كتابه " تأويل مختلف الحديث " وأبو جعفر الطحاوي في كتابه " شرح معاني الآثار " .
وتبعهم في ذلك الأصوليون في كتبهم الأصولية على اختلاف مدارسهم ، متكلمون وفقهاء . وكذا عني الباحثون المحدثون بهذا الموضوع عناية بالغة ، جزاهم الله كل خير ، سواء أكان ذلك من خلال كتاباتهم في الأصول بشكل عام ، أم بإفراد هذا الموضوع بتصنيف خاص ، **ومن التصانيف الخاصة فيه :**
كتاب أدلة التشريع المتعارضة (أ) ، وكتاب دراسات في التعارض والترجيح عند الأصوليين (ب) ، وكتاب التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية (ج) ، وكتاب التعارض والترجيح وأثرهما في الفقه الإسلامي (د) .

وقد تيسر لي الاطلاع على هذه الدراسات المتخصصة والعميقة ، الدقيقة في بابها وكذا الإستفادة منها ، فشد ذلك انتباهي ودفعني إلى تناول جزء منها ، وهو الجزء الخاص بالتعارض بين منقولين ، على النحو المطروح في هذا البحث .

منهج الدراسة :

عولت في هذه الدراسة على كتب أصول الفقه ، سواء أكانت على طريقة المتكلمين ، أم على طريقة الفقهاء ، وكذا كتب الأصول الجامعة بين الطريقتين

(أ) للأستاذ الدكتور بدران أبوالعينين بدران .

(ب) للأستاذ الدكتور سيد صالح عوض .

(ج) للشيخ عبداللطيف البرزنجي .

(د) للدكتور محمد الحفناوي .

بالإضافة إلي الدراسات الحديثة في التعارض والترجيح .

وجعلتها في خمسة مباحث .

- المبحث الأول : في تعريف التعارض لغة واصطلاحاً .
- المبحث الثاني : في ركن المعارضة وشرطها .
- المبحث الثالث : في التعارض بين النصوص الشرعية .
- المبحث الرابع : في أقسام التعارض ومحله .
- المبحث الخامس : في كيفية دفع التعارض .

المبحث الأول
تعريف التعارض لغة وإصطلاحاً

تعريف التعارض لغة :

للفظ التعارض من الناحية اللغوية كما أورد علماء اللغة عدة معانٍ هي : المدافعة ، والممانعة ، والمقابلة ، والتعادل بين أمرين (١) ، وهذه المعاني متقاربة ، وعلى القول باختلاف فيما بينها ، فليس ذلك الاختلاف بذي أثر من الناحية الفقهية أو لا يترتب عليه أي أثر .

----

(١) تنظر المراجع التالية على الترتيب :
معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٦٩/٤ و٢٦٨و٥١/٥ ، أساس البلاغة للزمخشري ١٠٩/٢ ، لسان العرب لابن منظور ٢٨/٩-٢٩ ، النوادر في اللغة ص ٢٤٥/ لابن زيد سعيد بن أوس بن ثابت الأنصاري المتوفي سنة ٢١٥/ط . بيروت ١٩٨١ م ، والنهاية في غريب الحديث ٢١٢/٣ ، لأبن الجزري ، دراسات في التعارض والترجيح ، ص ١٦ =

تعريف التعارض في اصطلاح الأصوليين :

عند استعراض الباحث لكل التعريفات (١) التي وردت عن الأصوليين للتعارض على اختلاف مدارسهم ومناهجهم الأصولية ، نجد أن هذه التعاريف متقاربة ، كما أن كل تعريف منها لايخلو من اعتراض . وقد رأيت بعد استقرائي وتتبعي لجملة التعاريف التي وردت عن الأصوليين للتعارض الاكتفاء بذكر بعضها وهي :

- تعريف ابن السبكي .
- تعريف الإسنوي .
- تعريف الكمال بن الهمام .

أولا: تعريف ابن السبكي في الابهاج : (٢)

التعارض بين الشيئين : هو تقابلهما على وجه يمنع كل منهما مقتضى صاحبه .

ثانيا: تعريف الاسنوي في شرح المنهاج : (٣)

التعارض بين الأمرين ،هو : تقابلهما على وجه يمنع كل منهما مقتضى صاحبه،

= ويراجع : شرح الكوكب المنير تحقيق الفقيه ، ص ٤٢٥ ، طبعة أولى ، القاعدة الكلية : أعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول / محمود هرموش ، ص ٤٣٤ ، جمع الجوامع لابن السبكي ٣٥٧/٢ ، المنهاج للبيضاوي مع شرح الاسنوي عليه : ١٦٦/٣ .

(١) أورد بعض الباحثين الأفاضل تسع تعريفات لغير الحنفية ، وتسع تعريفات للحنفية ، وثلاث تعريفات للشيعة . راجع في ذلك كله كتاب دراسات في التعارض والترجيح عند الأصوليين للأستاذ الفاضل الدكتور / سيد صالح .

(٢) دراسات في التعارض والترجيح ، ص ٢٥ .

(٣) شرح الإسنوي على المنهاج ١٦٦/٣ .

وهذان التعريفان بمعنى واحد ، مع ملاحظة أن الشيئين والأمرين هما الدليلان لأن الحديث عن التعارض بين الأدلة (١) .

شرح التعريفين:

" **التقابل** " جنس في التعريف يشمل كل تقابل ، وقيد الشيئين أو الأمرين على معنى الدليل يخرج به التقابل بين غير الدليلين ،كما يخرج به الدليلان المتوافقان ، كآية الوضوء ، وتوضؤه ، صلى الله عليه وسلم .

وقولهما : " على وجه يمنع كل منهما مقتضى صاحبه " كأن يدل أحد الدليلين على حل شيء أو جوازه ، ويدل الآخر على حرمته ، فإن كلا منهما يمنع مقتضى الآخر ، وهذا القيد لاخراج ماإذا كان التقابل لا على وجه المنع لاختلاف محل أو زمان ورودهما (مثلاً) ، فيكون تقابلهما في الحكم لاعلى وجه يمنع كل واحد منهما لمقتضى الآخر (٢) .

ثالثا: تعريف الكمال بن الهمام في تحريره (٣) .

" **التعارض هو** : اقتضاء كل من الدليلين عدم مقتضى الآخر . "

وقال بعض الباحثين الأفاضل عن هذا التعريف : " وهو مع وجازته ، وإن كان يدل على معنى التعارض ، إلا أنه قد جعل " الإقتضاء " جنس التعريف ، والأولى منه أن يكون " التقابل " هو جنس التعريف ، ويكون كما قال غيره : التعارض تقابل الدليلين بحيث يقتضي أحدهما عدم مقتضى الآخر " وهذا وجيه

----

(١) دراسات في التعارض والترجيح . ص ٢٥ .

(٢) دراسات في التعارض والترجيح . ص ٢٥ .

(٣) التحرير مع شرحه التقرير والتحبير ٢/٣ ابن الهمام مع ابن أمير الحاج .

ليسلم من الاعتراض (١) .

المبحث الثاني
ركن المعارضة وشروطها

ركن التعارض (٢) :

أما ركن التعارض أو المعارضة ، فهو المماثلة والمساواة بين الدليلين في الثبوت والقوة لاستوائهما في الطريق ، نحو النصين من الكتاب والخبرين المتوازيين

----

(١) دراسات في التعارض والترجيح . ص ٤٤ .

(٢) تعريف الركن لغة واصطلاحاً :

- ورد للفظ الركن في اللغة المعاني التالية :

أ - جانب الشيء وجزؤه . ب - جانب الشيء وجزؤه القوي . ج - الناحية القوية (أ).

- الركن في الإصطلاح :

أنه وإن اختلفت عبارات الفقهاء والأصوليين في بيان الركن ، إلا أن بعضها قريب من بعض ، حيث أكدت على أن الركن هو ما يتوقف وجود الشيء عليه ، وكان جزءاً من ماهيته " ، ومن ذلك قولهم : ركن الشيء ما لا وجود لذلك الشيء إلا به ، وإنه يطلق على جزء الماهية كقولنا القيام ركن للصلاة ؛ (ب) .

أ - القاموس المحيط للفيروز آبادي مادة (ركن) ، لسان العرب مادة (ركن) - دراسات في التعارض والترجيح عند الأصوليين ص ٢٥٨ - ٢٥٩ ، بالاحالة على المصباح المنير ، ٣٢٤/١ ، التعريفات للجرجاني ، ص ٩٩ .

ب - راجع كشف الأسرار شرح البزدوي عبدالعزيز البخاري : ٧٦/٣ ، ٧٧ ، شرح مختصر ابن الحاجب : ٢٠٨/٢ ، دراسات في التعارض والترجيح ، ص ٢٥ ٢٦ بالإحالة على حاشية الشيخ سليمان الجمل علي شرح المنهاج في فقه الشافعية في حديثه عن أركان البيع ٥/٣ .

ونحـوهمـا (١) . ولكن الذي اتضح لي . والله أعلم - أن ركن التـعـارض أو المعارضة هو : حجية الدليلين المتقابلين ، والتمانع والتدافع بين الدليلين المتقابلين .

شروط التعارض : أو الأمور التي يعتمد التعارض عليها .

يمكن تقسيم الأمور التي يعتمد التعارض عليها إلى قسمين :

الأول : الأمور التي يعتمد عليها - الشروط - (وهي محل اتفاق) .

الثاني : الأمـور المختلف في كـونهـا شـرطاً للتـعـارض في وجـه أو ركناً من وجـه آخر .

أما القسم الأول فهو:

* **الشرط الأول أو الأمر الأول** : الاتحاد في المحل بين الدليلين المتقابلين ، بعبارة أخرى : اتحاد مـحل الحكمين ، فإذا اختلف المحل فلا تعارض لاختلاف مـحل الحكم الواحد (٢) .

***الثاني** : اتحاد وقت ورود الدليلين المتقابلين ، فإن اختلف الزمان فلا تعارض لأنه من الجائز اجتماع الحكمين المتضادين في محل واحد في وقتين . الحل والحرمة في الخمر ، فإنه كان حلالاً في ابتداء الإسلام ثم حرم (٣)

----

(١) أصـول السـرخسي : ١٢/٢ ، مـيزان الأصـول في نتـائج العـقـود لأبي بكر السـمـرقندي ، ص ٦٨٧ .

(٢) تسهيل الوصول الى علم الأصول : ص ٢٤١ ، أدلة التشريع المتعارضة ، د. بدران ، ص ٢٢ ، دراسات في التعارض والترجيح ، ص ٢٤٧ - ٢٥٢ ، التعارض والترجيح وأثرهما في الفقه الإسلامي ، د. الحفناوي ، ص ٤٩ .٥٠ - ٥١ .

(٣) المراجع السابقة .

***الثالث** : أن يثبت أحد الدليلين ماينفيه الآخر ، أو العكس ، بعبارة آخرى : أن يكون الحكمان في الدليلين المتقابلين متضادين . كالحل والحرمة ، أو متنافيين ، كالنفي والإثبات (١) .

اما القسم الثاني فهو:

* **الامر الاول**: اتحاد الحال ، فإذا اختلف فلا تعارض ، أورد هذا الشرط صاحب كشف الأسرار على البزدوي (٢) . حيث ذكره بعد إيراده للشروط التي ذكرها البزدوي - فقال : " ويندرج فيما ذكر اتحاد الحال أيضاً " . ثم قال : " فإن اختلافهما من قبيل اختلاف المحل أو اختلاف الوقت " . وقوله هذا مشعر بالخلاف حول اشتراط هذا الشرط في التعارض .

وبعض الباحثين الأفاضل (٣) يؤيد اشتراطه كما ذكر الشيخ عبدالعزيز البخاري صاحب الكشف ، وذلك بملاحظة أنه لايتحقق التعارض إلا إذا اجتمعت شروطهوأركانه فإذا تخلف أحد شروطه أو أركانه فلا تعارض ، ومن هذه الحال " قال الأصوليون : إذا اختلف الحال فلا تعارض ، ولم يذكروا اختلاف المحل ، وهذا يدل على أن من شرطه " اتحاد الحال " بالإضافة لشرط إتحاد المحل " (٤) .

----

(١) المراجع السابقة .

(٢) الشيخ عبدالعزيز البخاري - كشف الأسرار ، ٧٧/٣ .

(٣) الأستاذ الدكتور السيد صالح في كتابه دراسات في التعارض - ص ٢٤٨ - ٢٥٠ .

(٤) التوضيح مع التلويح : ١٠٥/٢ - ١٠٦ ، صدر الشريعة - فتح الغفار شرح المنار لابن نجيم : ١١٣/٢ ، مرآة الأصول مع حاشية الأزميري : ٢٧٥/٢ - ٢٧٧ ، دراسات في التعارض والترجيح ص ٢٤٨ - ٢٥٠ ، كشف الأسرار شرح المنار للنسفي : ٥٢/٢ - ٥٦ .

وأورد الباحث الفاضل المثال التالي : " قال تعالى " وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم إلى الكعبين (١)· ففي قوله تعالى " وأرجلكم " قراءتان هما : " النصب " و " الجر الخفض ".

وقراءة الخفض تقتضي وجوب مسح الرجلين لاغير ، لأنها معطوفة على الرؤوس .

وقراءة النصب : تقتضي وجوب غسل الرجلين وعدم جواز الإكتفاء بالمسح . فالقراءتان متعارضتان ظاهراً ، ولكن التعارض ينتفي بأن تحمل قراءة النصب على حالة ظهور القدمين ، وتحمل قراءة الخفض على حال استتار القدمين بالخفين لقيام جلد الخف مقام البشرة للقدم ، فصار مسحه بمثابة الغسل (٢) .

غير أن الباحث الفاضل قال بعد ذكر المثال : ومن هذا يتضح أن المثال لاختلاف الحال - قال : إلا إذا أريد بالحال محل الحكم في المثال المذكور ، باعتبار أن المحل يختلف في كل حال عنه في الآخر جاز التمثيل به (٣) .
ولعله لاحظ في ذلك ماقاله ابن نجيم وصاحب التوضيح من أن المراد من الحال (المحل) (٤) .

----

(١) الآية (٦) من سورة (المائدة) .

(٢) كشف الأسرار على البزدوي : ٩٣/٣ ، دراسات في التعارض والترجيح : ٢٥٠ .

(٣) دراسات في التعارض والترجيح : ص ٢٥٠ / بتصرف .

(٤) فتح الغفار ١١٣/٢ ، التوضيح ١٠٥/٢ - ١٠٦ .

والظاهر أن اشتراط البخاري لهذا الشرط بالنظر إلى أن دفع التعارض عند اتحاد المحل يكون من جهة اختلاف الحال لا من جهة اختلاف المحل ، كما في المثال المذكور ، وبالتالي فلا يبعد اشتراط هذا الشرط في التعارض · والله أعلم ·

الأمر الثاني : تساوي الدليلين المتعارضين في القوة ليتحقق التقابل والتعارض إذلا مقابلة بين قوي وضعيف بل يترجح أو يقدم القوي على الضعيف ·

فبعض الأصوليين (١) ، اعتبر التساوي ركناً للتعارض ، وهذا الاعتبار ليس ببعيد كما ألمح لذلك الشيخ " الرهاوي " بقوله و " إن الشرط يجوز أن يطلق عليه الركن لقربه من الماهية كتكبيرة الإحرام (٢) ·

وذهب الكمال بن الهمام إلى أنه لايشترط التساوي بين الدليلين في القوة لأن اشتراطه مبني على القول بتعارض الأدلة الشرعية تعارضاً حقيقياً مع أنها لا تتعارض إلا تعارضاً صورياً لاحقيقياً ·

والظاهر في التساوي أنه شرط في الحجتين المتقابلتين إذا لاحظنا جانب الترجيح بين المتعارضين (٣) ·

----

(١) أصول السرخسي : ١٢/٢ ، أصول البزدوي مع شرحه كشف الأسرار : ٣/٧٦ - ٧٧ ، التوضيح مع التلويح : ١٠٣/٢ ·

(٢) حاشية الرهاوي على شرح المنار ، لابن الملك ، ص ٦٦٧ - ٦٦٨ ·

(٣) التحرير مع شرحه التقرير والتحبير : ٣/٣ ، وتسهيل الوصول إلى علم الأصول ، ٢٤١ - ٢٤٢ ·

وينقسم التساوي بين الدليلين بالنظر إلي جهة التساوي إلى الأقسام التالية :

الأول: التساوي في طريق الثبوت (للدليل نفسه) بأن يكون المتعارضان قطعيين من حيث الإسناد كالمتواتر ، أو ظنيين كخبر الآحاد ، فبفقد هذا التساوي بأن كان أحدهما قطعياً ، والآخر ظنياً ، فلا تعارض بينهما لعدم التساوي .

الثاني : التساوي في طريق الادلة ونوعها:

أ - بأن تكون دلالة كل من الدليلين المتعارضين المتقابلين قطعية أو ظنية فإذا كان أحدهما نصاً والآخر ظاهراً ، قدم النص عليه ، لأن دلالة الظاهر ظنية وعليه فلاتعارض بين الظاهر والنص ، لأن النص دلالته قطعية .

ب - أو بأن يكون اختلاف الحكمين بين الدليلين نتيجة نوع من أنواع الدلالة فلا تعارض بين دلالة النص وإشارة النص ، فتقدم دلالة النص ، ولا تعارض بين المفهوم والمنطوق ، فيقدم العمل بالمنطوق على المفهوم ، ملاحظة للخلاف في حجية المفهوم .

الثالث: التساوي في العدد ، على معنى دليل واحد يحرم ، يقابله دليل واحد يحلل أو دليلان يحرمان ، وعليه فلا تعارض بين حديثين يوافق أحدهما آية أو قياس . وهذا الشرط اشترطه الشافعية ، وهو مايعبر عنه " بالترجيح بكثرة الأدلة " (١) . وأما القسم الأول والثاني فشرط عند جمهور الأصوليين (٢) .

----

(١) التعارض والترجيح ، ص ٥٠ ، راجع المحصول ج٢ ق٢ ، ص ٥٣٤ / للرازي .

(٢) التلويح مع التوضيح ، ١٠٣/٢ ، حاشية الأزميري : ٣٧٢/٢ مع إضافة المبحث .

المبحث الثالث

التعارض بين النصوص - الأدلة الشرعية

(صفة وجوده) - (وحكمه)

المراد من النصوص (١) هو : مادلت على معانيها من كتاب الله وسنة رسول

----

(١) معنى النص لغة واصطلاحاً - (**المعنى اللغوي**) : قال ابن فارس : " نص " أصل يدل على رفع وارتفاع ، وانتهاء الشيء ، ومنه قولهم : " نص الحديث إلى فلان ، رفعه إليه " ، والنص في السير : أسرعه ، ونص كل شيء منتهاه " ، ومنه : منصة العروس التي تجلس عليها فتكون مرفوعة على غيرها من النساء (أ) . كما يأتي النص بمعنى الظهور ، ومنه قول الفقهاء : نص الكتاب ، ونص السنة ، أي مادل عليه ظاهرهما ، (ب) .

(أ) معجم مقاييس اللغة : ٣٥٦/٥ ، القاموس المحيط : (نص) ، وراجع دراسات في التعارض والترجيح ، ص ٢٣٧ عند ذكره للمعنى اللغوي للنص .

(ب) النهاية في غريب الحديث ٦٤/٥ . **المعنى الإصطلاحي :** قيل مادل على معنى قطعاً ، ولايحتمل غيره قطعاً ، كأسماء الأعداد مثل : الأربعة نص في معناه لايحتمل شيئاً آخر . **وقيل** : مادل على معنى قطعاً ، وان احتمل غيره ، كصيغ الجموع في العموم فإنها تدل على أقل الجمع قطعاً ، وتحتمل الإستفراق . **وقيل** : مادل على معنى كيف كان ، قال القرافي في الذخيرة : وهو غالب استعمال الفقهاء (أ) ، وذكر في شرح التنقيح : أن النص هو : مجرد لفظ الكتاب والسنة ، أو هو ما دل على معناه من كتاب أو سنة ، أو كل ملفوظ مفهوم المعنى من الكتاب والسنة سواء أكان ظاهراً أو نصاً أو مفسراً حقيقة كان أو مجازاً . (ب) وهو المعنى المرادمن قولهم عبارة النص وإشارة النص ودلالة النص واقتضاء النص . (ج) وهو بهذا الإطلاق يقابل القياس والإجماع ، وغيرهما من الأدلة . (د)

(أ) الذخيرة : ص٥ . (ب) شرح تنقيح الفصول للقرافي : ١٨/١ ، أدلة التشريع المتعارضة : ٢٥، (ج) أدلة التشريع المتعارضة : ٢٥ ، دراسات في التعارض والترجيح : ٢٣٧ .

الله صلى الله عليه وسلم ، وهي ماتقابل الإجماع والقياس (١) .

فإنه مع الخلاف في جواز التعارض من عدمه بين النصوص أو الأدلة ، فقد اختلف العلماء أيضاً في صفة وجود التعارض بين النصوص . وبعبارة أخرى : في صفة التعارض الموجود أو الواقع بين النصوص أو الأدلة في ضوء حقيقة التعارض التي تقدم ذكرها ، مع ملاحظة تنوع الدليل إلى نوعين من جهتين مختلفتين (٢) .

الأول : دلائل الأصول . **والثاني** : دلائل الفروع . وهذا إما قطعي ، وإما ظني (٣) .

قال القاضي أبويعلى من الحنابلة :

" ولايجوز تكافؤ الأدلة في أدلة التوحيد ، وصفات الله تعالى ، وأسمائه ، والقضاء والقدر . وأما دلائل الفروع مثل الصلاة والصيام والحج والزكاة ، وغير ذلك ، فيجوز أن تتكافأ " (٤) .

وإن كلامه هذا يجعل النزاع في دلائل الفروع قطعية كانت أم ظنية وهو وجيه ، لأن دلائل الفروع أكثر احتمالاً لوقوع التعارض ، بالإضافة إلى أن الإصابة والتخطئة محلهما الفروع لا الأصول .

---

(١) تسهيل الوصول ٨٥ ، أدلة التشريع المتعارضة : ٢٥ ، دراسات في التعارض والترجيح ٢٣٧ .

(٢) المسودة في أصول الفقه لابن تيمية : ص ٤٤٨ - ٤٤٩ .

(٣) ابن الحاجب مع شرح العضد : ٣١٠/٢ .

(٤) المسودة : ص ٤٤٨ - ٤٤٩ ، الموافقات للشاطبي : ١٢١/٤ ، دراسات في التعارض والترجيح : ٢٠٣ .

غير أن تناول المسألة فيما يظهر من أدلة الفريق الثاني - كما سيأتي - يعم دلائل الأصول ودلائل الفروع .

* **وللعلماء - رحمهم الله - في هذه القضية عدة أقوال ومذاهب مختلفة :**

المذهب الأول: أن التعارض الذي يوجد بين الأدلة الشرعية قطعية أو ظنية ، هو أمر صوري ظاهري ، وليس حقيقياً ، وأنه لايجوز وقوعه في الواقع ، ونفس الأمر وإلى هذا ذهب الأئمة الأربعة وجمهور العلماء من الأصوليين والفقهاء ، والمحدثين وبه قال أهل الظاهر (١) .

المذهب الثاني : أن التعارض الذي يوجد بين الأدلة قطعية كانت ، أم ظنية هو تعارض حقيقي في الواقع ونفس الأمر وهو أمر جائز وإلى هذا ذهب الشافعية (٢) .

المذهب الثالث : هذا المذهب فرق بين الأدلة القطعية ، والأدلة الظنية فوصف التعارض الواقع بين الأدلة الظنية بالتعارض الحقيقي في الواقع ، ونفس الأمر وهو أمر جائز وإلى هذا ذهب بعض الشافعية .

----

(١) المسودة : ص ٤٤٨ ، شرح الكوكب المنير لابن النجار : ٦١٧/٤ ، الأحكام لابن حزم ٣٥/٢ ، إرشاد الفحول للشوكاني : ص ٢٧٥ ، جمع الجوامع مع شرح المحلى ٣٥٩/٢ ، التعارض والترجيح ، وأثرهما في الفقه الإسلامي ص ٥٥ ، دراسات في التعارض والترجيح ص ١٥٩ ، أدلة التشريع المتعارضة : ص ٢٦ .

(١) التعارض والترجيح وأثرهما في الفقه الإسلامي : ص ٥٥ ، التعارض والترجيح في الأدلة الشرعية : ٦٣/١ .

وأما التعارض الواقع بين الأدلة القطعية ، فمنعه أصلاً ، ولم يقل به إطلاقاً .

وإليه ذهب بعض الشافعية ، ومنهم القاضي البيضاوي ، والشيرازي ، وبه قال ابن الحاجب (١) .

الأدلـــة :

أولا: أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول بعدة أدلة منها :

الدليل الأول: إخبار الشارع بنفي التعارض والاختلاف في الواقع ونفس الأمر بين الأدلة التي نصبها الشارع للدلالة على الحكم ، أو لأخذ الأحكام منها ، سواء أكانت من الكتاب أم من السنة .

قال تعالى : " ياأيها الذين آمنوا أطيعوا الله ، وأطيعوا الرسول ، وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله و الرسول ، إن كنتم تؤمنون بالله و اليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا " (٢) .

وقال تعالى : أفلا يتدبرون القرآن ، ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيرا " (٣) .

وقال تعالى : " وماينطق عن الهوى ، إن هو إلا وحي يوحى " (٤) .

----

(١) المنهاج مع شرح الاسنوي : ١٦٨/٣ - ١٦٩ ، ابن الحاجب مع شرح العضد ٣١٠/٢ ، التعارض والترجيح وأثرهما في الفقه الإسلامي : ٥٥ .

(٢) الآية (٥٩) من سورة (النساء) .

(٣) الآية (٨٢) من سورة (النساء) .

(٤) الآية (٣، ٤) من سورة (النجم) .

وقال تعالى : " وأن هذا صراطي مستقيماً ، فاتبعوه ، ولاتتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله " (١) .

وجه الدلالة :

فهذه الآيات الكريمة مجتمعة تنفي وجود التعارض والإختلاف والتنازع بين الأدلة ، من الكتاب والسنة في الواقع ونفس الأمر ، وتقدر أن الوصول إلى الحكم أو رفع التنازع ، لا يتأتى عند تنافي الأدلة تنافياً ذاتياً ، بحيث يؤدي ذلك إلى خلو المسائل عن الحكم الشرعي حتى ولو نظر المجتهد ، لما يترتب على التعارض في الواقع ونفس الأمر من أن إسقاط الأدلة ، كان من الشارع نفسه ، وهذا أمر يستحيل حصوله في أدلة الشارع الحكيم ، لأنها على نهج واحد (٢) .

الدليل الثاني: أن ثبوت التعارض (بالمعنى المتقدم) بين الأدلة يؤدي إلى التناقض وفقدان الجدوى من نصب الأدلة ، وهذا مثبت للعجز والجهل تعالى الله سبحانه عن ذلك علواً كبيرا .

وذلك لأنه لابد من أن تتحقق النتائج من الأدلة والحجج الشرعية التي نصبها الشارع للدلالة على الأحكام . (٣)

----

(١) الآية (١٥٣) من سورة (الأنعام) .

(٢) الموافقات ١١٨/٤ - ١١٩ . الأحكام لابن حزم : ٣٥/٢ . تفسير النسفي ٣٣٨/١ . دراسات في التعارض والترجيح : ١٧٤ - ١٧٦ . أدلة التشريع المتعارضة : ص ٣٠ - ٣١ . التعارض والترجيح وأثرهما في الفقه الإسلامي : ص ٥٦ - ٥٧ .

(٣) أصول فخر الإسلام البزدوي مع شرح البخاري : ٧٦/٣ ، حاشية الرهاوي على شرح المنار لابن الملك : ص ٦٦٧ ، التقرير والتحبير : ٢/٣ ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت لابن عبدالشكور والأنصاري : ١٨٩/٢ ، دراسات في التعارض والترجيح ص ١٨١ ، =

الدليل الثالث: أن إمكانية الإمتثال من المكلف للأوامر والنواهي ، أو الأحكام التي اشتملت عليها الأدلة أمر مقصود للشارع لتبرأ ذمته مما كلف به ، وجعل التعارض (على المعنى المتقدم) أصلاً في التشريع يمنع من الامتثال وتحققه ، لأنه يدخل في نطاق التكليف بما لايطاق ، وهو أمر ليس موجوداً في أدلة الأحكام الشرعية موضع النزاع (١). قال أرحم الراحمين واللطيف الخبير " لايكلف الله نفساً إلاوسعها " (٢) " . لا تكلف نفس إلا وسعها " (٣) .

الدليل الرابع : أن عامة أهل الشريعة أثبتوا في القرآن والسنة الناسخ و المنسوخ ، وحذروا من الجهل بهما والخطأ فيهما .

والناسخ والمنسوخ إنما يكونان دليلين لايصح اجتماعهما بحال ، وإلا لا يكون أحدهما ناسخاً والآخر منسوخاً ، ولو كان التعارض جائزاً بينهما في الواقع ونفس الأمر ، لما كان للبحث عن إثبات الناسخ والمنسوخ فائدة ، ولصح العمل بالناسخ والمنسوخ والعمل بهما معاً باطل بالإجماع ، فدل هذا على أنه لاتعارض في الواقع ونفس الأمر . (٤)

= كشف الأسرار شرح المصنف على المنار للنسفي : ٥٢/٢ ، التعارض والترجيح وأثرهما في الفقه الإسلامي : ص ٥٨ ، أدلة التشريع المتعارضة : ص ٣٢ .

(١) الموافقات : ١٢١/٤ - ١٢٢ ، أدلة التشريع المتعارضة : ص ٣٢ ، دراسات في التعارض والترجيح : ص ١٩٣ .

(٢) الآية (٢٨٦) من (سورة البقرة).

(٣) الآية (٢٣٣) من سورة (البقرة) .

(٤) الموافقات : ١٢٠/٤- ١٢١ ، دراسات في التعارض والترجيح : ص ١٩٥ ، التعارض والترجيح وأثرهما : ص ٥٨ .

أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحاب هذا المذهب بعدة أدلة منها :

* **الدليل الأول:** أن ورود المتشابهات في الشريعة فيه الدلالة على قصد الشارع الاختلاف شرعاً ، وذلك لأنها مجال لتباين الأفكار والأنظار ، وسبيل لاختلاف الآراء والمدارك فيها ، وإن كان التوقف فيها هو المحمود ، إلا أن الاختلاف فيها قد وقع ، وهذا يدل على أن الشارع قد قصد وضع المتشابهات ، وحيث كانت مقصودة ، وهو العليم بكل ما يقع وسيقع ، فكان ورود المتشابهات واقعاً حقيقياً ، فالتعارض على المعنى المتقدم في وقوعه حقيقة هو من هذا القبيل . (١)

وقد رد هذا الدليل بعدة ردود منها :

أ - أن القول بأن المتشابهات موضوعة لقصد الاختلاف ، غير صحيح . لأنها إنما وضعت للإبتلاء والاختبار ، قال تعالى : " ليهلك من هلك عن بينة ، ويحيى من حيٍّ عن بينة " (٢) .

ب - أن المتشابه (٣) ، بالمعنى الموضوع له قد ثبت بالاستقراء والتتبع للأدلة الشرعية ، أنه لا يوجد في الآيات والأحاديث الواردة لبيان الأحكام

----

(١) أدلة التشريع المتعارضة : ص ٢٧ ، دراسات في التعارض والترجيح : ص ٢٠١ - ٢٠٢ ، التعارض والترجيح وأثرهما : ص ٥٩ . (بتصرف) .

(٢) الآية (٤٢) من سورة الأنفال .

(٣) المتشابه هو اللفظ الذي خفي معناه إذا انقطع المراد منه في الدنيا لا حد لأن الله تعالى اختص بعلمه ولم تقم قرينة على المراد منه أو لا يعلمه إلا الراسخون في العلم وحدهم دون غيرهم على ماذهب إليه بعض العلماء - دراسات في التعارض والترجيح : ص ٢٠٣ .

الفقهية (١) .

ج - أن وجود المتشابه في القرآن لايدل على وجود التعارض بين الأدلة ، بل يدل على التعارض والاختلاف في الآراء على تقدير أن يكون لكل واحد من الرأيين المختلفين دليل ، وهذا غير مسلم ، بل قد لايوجد لأحدهما أو لكل منهما دليل صحيح .

وعلى فرض التسليم بذلك ، فالدال على التعارض في هذه الأدلة دون المتشابه لايمكن الاستدلال به ، بالإضافة إلى أن وجود المتشابه غير مستلزم للاختلاف فقط ، بل يمكن أن يتحقق المتشابه ولم يُبْدِ أحد الرأي حوله ، أو يُبدون الرأى متفقين على شيء واحد ، كالتفويض إلى الله تعالي ، كما فعله السلف (٢) .

الدليل الثاني : أن المجتهدين من الصحابة ومن بعدهم ، جمعوا بين المتعارضين ورجحوا أحدهما على الآخر ، وكان سبيلهم في أخذ الحكم من الأدلة المتعارضة هو هذه الطرق ، ولم ينكر أحد على أحد هذا المسلك .

وهذا منهم إقرار دون إنكار بوجود التعارض والإختلاف في الشريعة ،وبالتالي فإن اجتهادهم إنما وقع بين دليلين منصوبين من الشارع ، في الأصل هما متعارضان لا نتيجة أمر آخر (٣) .

---

(١) دراسات في التعارض والترجيح : ص ٢٠٣ .

(٢) التعارض والترجيح وأثرهما في الفقه الإسلامي : ص ٦٠ " فضل علم السلف على الخلف " لابن رجب الحنبلي : ص ١٩ .

(٣) التعارض والترجيح وأثرهما في الفقه الإسلامي : ص٥٩ - ٦٠ ، التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية ١/١٠٠ .

ورد هذا الدليل بالقول : إن اختلاف المجتهدين وتقدير بعضهم لبعض لادليل فيه على وجود التعارض ، وأنه الأصل بين الأدلة ، وإنما هو أمر يخضع وجوده لأمر خارج عن الدليل ، وهو تفاوت المجتهدين في إدراك الأحكام بعد النظر والتأمل في الدليل ، واختلاف الإجتهادات لايعني الإختلاف والتنافي بين الأدلة ، حيث لم يرد من الشارع نص يسيغ لكل مجتهد من المجتهدين أكثر من حكم واحد ، أو الذهاب إلى أكثر من رأي واحد في آن واحد ، وبالتالي لايكون الشارع قاصداً للإختلاف أو التوصل إلى النتائج المتناقضة (١) .

أدلة المذهب الثالث:

استدل أصحاب هذا المذهب بما استدل به أصحاب المذهب الأول في نفي التعارض في الواقع ونفس الأمر في جانب الدليل القطعي .

ومن أدلتهم على وجود التعارض في الواقع ، ونفس الأمر بين الأمارتين ، هو قياس التعارض الواقعي الخارجي على التعارض الذهني ، فإن الأخير جائز بالاتفاق فليجز الأول قياساً عليه (٢) .

ونوقش هذا الدليل بالفرق الكبير بين جواز التعارض الذهني وبين التعارض الواقعي ، فإن الأول على فرض جواز وجوده لايمنع من إمكان التوصل فيه إلى

----

(١) التعارض والترجيح وأثرهما في الفقه الإسلامي : ص ٦١ (بتصرف) وراجع دراسات في التعارض والترجيح : ٣٠٥ - ٣٠٦ .

(٢) التعارض والترجيح : ص ٦٠ - ٦١ بالإحالة على الإبهاج بشرح المنهاج للسبكي : ١٣٣/٣ - ١٣٤ ، وراجع دراسات في التعارض : ص ٢١٦ و ٢٢٠ .

رجحان أحد الأماراتين ، فلا يؤدي نصبها إلى العبث " (١) .

توجيه ونظر في هذه المسألة بعد ذكر المذاهب والأدلة :

بعد هذا العرض للمذاهب في جواز وقوع التعارض من عدمه وصفته ، مع ملاحظة ماهو مقرر عند كل الفرقاء ، من أن الأدلة الشرعية سواء في الأصول أم في الفروع منزهة عن التناقض والتضاد فيما بينها ، فبعد هذا يمكن القول باتفاقهم **على أن التعارض صوري لاحقيقي وذلك :**

أ - لأن من منعه يرى أن التعارض بين الأدلة ناتج عن سبب ليس هو الشرع ، وإنما هو نظر المجتهد ، والمجتهدون تتفاوت أنظارهم في الأدلة المنصوبة على الحكم .

ب - وأما من أجازه فيرى أن التعارض سبب من أسباب الإختلاف كغيره من أسباب الإختلاف بين المجتهدين ، وأسباب الاختلاف حقيقة واقعة ، ولكن ليس منشؤها الشارع (٢) .

هذا ولبعض الباحثين الأفاضل (٣) . في الجمع بين هذه المذاهب الثلاثة وجه حسن ووجيه حيث قال : " ويحمل كلام القائلين بجواز أو وقوع التعارض بين الأدلة الشرعية مطلقاً ، أو في الأدلة الظنية فقط على التعارض بمعناه العام الصادق

----

(١) التعارض والترجيح : ص ٦١ .

(٢) أصول فخر الإسلام مع شرحه للبخاري : ١٧٦/٣ ، وراجع : التعارض والترجيح : ص١٧ - ٢٣ ، أدلة التشريع المتعارضة : ص ٣٢ - ٣٣ ، أثر اختلاف في القواعد الأصولية من ص ٩٥ عند مبحث نشوء الخلاف في الفروع .

(٣) الدكتور محمد الحفناوي في كتابه التعارض والترجيح عند الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي (رسالة دكتوراة) ص ٦١ .

بالتنافي بين المطلق والمقيد ، والخاص والعام ونحو ذلك .

كما يحمل كلام المانعين لجواز التعارض مطلقاً أو في الأدلة القطعية فقط على التعارض الخاص الذي بمعنى التناقض أو التضاد ، لذلك يقول العلماء : " إن المراد من نفي التعارض بين القطعيات ، إنما هو التعارض القابل للترجيح ، وإلا فالنسخ لايمكن بدون التعارض " أهـ .

المبحث الرابع
اقسام التعارض ومحله

اقسام التعارض:

ينقسم التعارض إلى قسمين :

الأول : تعارض بلا ترجيح ، ويكون في التعارض الواقع بين الدليلين القطعيين ، فإذا وقع بين القطعيين ، لايتصور الترجيح ، لأنه فرع التفاوت ، وهو لا يكون إلا بين الظنيين فإذا ماتعارض الدليلان القاطعان ، فإن علم التاريخ يحمل على نسخ المتأخر للمتقدم وإن لم يعلم التاريخ ، يطلب المخلص من قبل الحكم ، أو المحل ، أو الزمان . وبعبارة أخرى : فإن أمكن التخلص بالجمع بينهما باعتبار الحكم ، أو المحل ، أو الزمان يعمل به وألا يترك العمل بالدليلين ، ويصار إلى الأدنى من الأدلة ، فمن الكتاب إلى السنة وذلك لأن العمل بأحدهما على التعيين ، ترجيح بلا مرجح ، ولا وجه للتخيير لأن أحدهما منسوخ كما هو الظاهر .

الثاني : تعارض يتأتى معه الترجيح ، وذلك بأن يقع بين دليلين ظنيين ، وفي حاشية الأزميري " والترجيح يختص بالظنيين " (١) ٠

محل التعارض ، أو موقعه فيما بين الأدلة :

أولاً : تبين مما سبق ذكره عند الكلام على التعارض في النصوص الشرعية من حيث الجواز وعدمه (في الواقع ونفس الأمر أو في الظاهر) تبين مايلي : -

أ - أن مذهب الجمهور والمذهب الثاني والمذهب الثالث هو : جواز وقوع التعارض بين الأدلة الظنية ٠

ب - أن المذهب الثاني يرى جواز وقوعه بين الأدلة القطعية ٠

ج - أن المذهب الثالث - لايرى وقوعه بين القطعيين أصلاً ٠

وعليه فإن محل الخلاف هو في جريان التعارض بين الدليلين القطعيين ٠ وفيه مذهبان :

المذهب الأول : لاتعارض في قطعيين ، وإلا ثبت مقتضاهما وهما نقيضان (٢) ، وهو المشهور عند الشافعية ، وبه قال ابن الحاجب (٣) ٠

المذهب الثاني: أن التعارض كما يكون بين الظنيين يكون بين القطعيين ،

----

(١) مرآة الأصول مع المرقاة وحاشية الأزميري : ٢/٢٧٠ ، التلويح مع التوضيح : ٢/١٠٣ ، تسهيل الوصول إلى علم الأصول : ص ٢٤٠ ٠ ٢٤١ ٠

(٢) ابن الحاجب مع شرح العضد : ٢/٣١٠ ٠

(٣) المرجع السابق ، دراسات في التعارض والترجيح : ص ١٥٠ ٠ قارن مع التعارض والترجيح وأثرهما في الفقه الإسلامي : ص ٦٢ ٠

وهو مذهب الحنفية وبعض الشافعية . وذلك لأن التعارض أمر صوري لاحقيقي كما صرح بذلك الكمال بن الهمام في تحريره وشرحه في التقرير والتحبير .

ثانياً : قال صاحب التقرير والتحبير بعد أن أورد تعليله في جواز التعارض بين القطعيين ، قال : " وهي كما توجد في الظنين توجد في القطعيين ، ثم قال : " وفي القطعي والظني " .

والمتبادر من العبارة الأخيرة " وفي القطعي والظني " بناء على أن التعارض أمر صوري لاحقيقي - المتبادر هو جواز أن يطرأ التعارض بين القطعي والظني ، أو على معنى آخر : هو طرح قضية جريان التعارض بين القطعي والظني " (١) .

هذا ولابد أن نذكر أقسام النصوص من حيث القطعية والظنية ليتبين من خلالها الخلاف السابق وذلك على النحو التالي :

أولاً : أقسام النصوص الشرعية أو الأدلة من حيث الدلالة والثبوت .

ثانياً : تصور التعارض بين هذه الأدلة وأقسامها .

أما الأول : فتنقسم النصوص الشرعية ، من جهة الدلالة والثبوت إلى أربعة أنواع هي :

الأول : نص قطعي الثبوت والدلالة ، كالآيات الدالة على الأعداد ، كما في

----

(١) راجع التحرير مع شرحه التقرير والتحبير : ١٣/٣ ، التلويح مع التوضيح :١٠٣/٢ ، مسلم الثبوت مع فواتح الرحموت : ١٥٢/٢ ، دراسات في التعارض والترجيح : ص ١٥٠ ، أصول الفقه الإسلامي : ١١٧٥/٢ ، أصول الخضري : ص ٣٤٨ .

كفارة اليمين وحد القذف ، وحد الزنا ، قال تعالى في حد الزنا : " فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة " . (١)

الثاني : قطعي الثبوت ،ظني الدلالة ، كالآيات المؤولة أو المحتملة في دلالة ألفاظها كما في لفظ القرء ، في قوله تعالى : " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " (٢) .

حيث أن لفظ القرء ، يحتمل أن يراد به الطهر، كما يحتمل أن يراد به الحيض .

وهذان القسمان لايكونان إلا من الكتاب والسنة المتواترة .

الثالث : ظني الثبوت قطعي الدلالة كقوله عليه الصلاة والسلام : " الجهاد ماض إلى يوم القيامة " . فإن دلالته على معناه قطعية ، ولكنه ظني الثبوت ، لأنه خبر واحد (٣) .

الرابع : ظني الثبوت ، ظني الدلالة : كقوله عليه الصلاة والسلام لغيلان بن سلمة الصحابي الذي أسلم وتحته عشرة نسوة " : أمسك أربعاً ، وفارق سائرهن " . (٤) .

فالحديث ظني الثبوت ، لأنه خبر آحاد ، وظني الدلالة ، لأنه يحتمل " أمسك " أي أربع شئت سواء أعقدت عليهن معاً ، أو مرتبات ، ويحتمل : ابتدىء نكاح أربعة

----

(١) الآية : (٢) من سورة (النور) .

(٢) الاية : (٢٢٨) من سورة (البقرة) .

(٣) رواه أبوداود في سننه : ٤/٢ ، طبعة الحلبي : ١٣٧١ هـ .

(٤) رواه ابن ماجه ، وراجع سبل السلام : ١٣٢/٣ .

منهن وفارق سائرهن فلا تنكحهن " .

وهذان القسمان لايكونان إلا من السنة غير المتواترة (١) .

وأما ثانيهما : فإنه يمكن تصور حال أو وضع الأدلة المتعارضة في ضوء الأقسام السابقة للأدلة على النحو التالي :

الوضع الأول : دليل قطعي الثبوت قطعي الدلالة .

يقابله

دليل قطعي الثبوت قطعي الدلالة .

الوضع الثاني : دليل قطعي الثبوت ظني الدلالة .

يقابله

دليل قطعي الثبوت ظني الدلالة.

الوضع الثالث : دليل قطعي الثبوت قطعي الدلالة .

يقابله

دليل قطعي الثبوت ظني الدلالة.

الوضع الرابع : دليل قطعي الثبوت قطعي الدلالة .

يقابله

دليل ظني الثبوت قطعي الدلالة.

الوضع الخامس : دليل ظني الثبوت قطعي الدلالة .

يقابله

----

(١) تسهيل الوصول : ص ١٨ ، ودراسات في التعارض والترجيح : ص ٢٣٥ - ٢٣٦ . التعارض والترجيح وأثرهما : ص ٤٦ .

دليل ظني الثبوت قطعي الدلالة .

الوضع السادس : دليل ظني الثبوت ظني الدلالة .

يقابله

دليل ظني الثبوت ظني الدلالة .

الوضع السابع : دليل ظني الثبوت ظني الدلالة .

يقابله

دليل ظني الثبوت قطعي الدلالة .

فإذا تأملنا في الأوضاع والأحوال التي يكون عليها الدليلان المتعارضان ، مع اعتبار شرط التساوي في رأي وعدم اعتباره على الرأي الآخر نجد : -

أولاً : أن في الوضع (الأول) تعارضاً بين قطعيين من جهة الثبوت والدلالة ، فهما متساويان .

وأن في الوضع (الثاني) تعارضا بين قطعيين من جهة الثبوت ، وبين ظنيين من جهة الدلالة ، فهما متساويان في الجهتين .

ثانياً : أن في الوضع (الثالث) تعارضاً بين قطعي وظني ، وهما متساويان من جهة الثبوت ، وغير متساويين من جهة الدلالة .

وأن في الوضع (الرابع) تعارضا بين قطعي وظني ، وهما متساويان من جهة الدلالة وغير متساوين من جهة الثبوت .

ثالثاً : أن في الوضع (الخامس) تعارضاً بين ظنيين من جهة الثبوت ، وقطعيين من جهة الدلالة ، فهما متساويان من جهة الثبوت ومن جهة الدلالة .

وأن الوضع (السادس) تعارضا بين ظنيين من جهة الثبوت ، وجهة الدلالة فهما متساويان من جهة الثبوت ، ومن جهة الدلالة .

رابعاً : إن في الوضع (السابع) تعارضاً بين قطعي وظني من جهة الدلالة ، ومن جهة الثبوت ، فهما متساويان من جهة الثبوت ، وغير متساويين من جهة الدلالة .

وكما هو ظاهر فعدم التساوي موجود .

أ - أما في الوضع (الثالث) فمن جهة الدلالة ، وكذا الحال في الوضع (السابع) .

ب - وأما في الوضع (الرابع) فعدم التساوي من جهة الثبوت .

وبالتالي تكون هذه الأوضاع الثلاثة للأدلة المتعارضة ، هي محل الخلاف المتعلق باشتراط التساوي بين المتعارضين من الجهتين معا : جهة الدلالة ، وجهة الثبوت .

فذهب غير الحنفية إلى عدم جواز التعارض بين القطعي والظني ، وذلك لأن الظن يرتفع باليقين ، أو لتقدم القطعي على الظني (١) .

وذهب الحنفية كما يفهم من كلامهم ، إلى أن التعارض يكون بين القطعي والظني

------

(١) التعارض والترجيح وأثرهما : ص ٦٦ ، أدلة التشريع المتعارضة : ص ٢٦ ، دراسات في التعارض والترجيح : ص ١٥٠ ، أصول الفقه الإسلامي : ١١٧٥/٢ . التحرير مع شرحه التقرير والتحبير : ٣/٣ ، دراسات في التعارض والترجيح : ص ١٥٠ .

بالنظر إلى أن التعارض أمر صوري ، وعليه أسقط شرط التساوي بين الدليلين ، كما صرح بذلك الكمال بن الهمام (١) .

والظاهر أن إسقاط شرط التساوي من جهة الثبوت ، أو من جهة الدلالة له وجاهته ، وذلك لملاحظة أن الأحكام إنما تؤخذ من الأدلة من جهة دلالتها فحصول التعارض بينها أمر صوري له أسبابه كما مر .

ولعل ماذكره بدر الدين الزركشي يؤيد هذا التوجيه ، حيث قال " اعلم أن الله تعالى لم ينصب على جميع الأحكام الشرعية أدلة قاطعة ، بل جعلها ظنية قصداً للتوسيع على المكلفين ، لئلا ينحصروا في مذهب واحد لقيام الدليل القاطع عليه (٢) . قال تعالى : " يريد الله بكم اليسر ، ولايريد بكم العسر " (٣) وقال تعالى : " وماجعل عليكم في الدين من حرج " (٤) . فواضح أنه لو كانت الأدلة قطعية ، لحصل العنت والحرج في التكليف .

----

(١) تسهيل الوصول إلى علم الأصول : ص ٢٤٠ .

(٢) تسهيل الوصول إلى علم الأصول : ص ٢٤٠ .

(٣) الآية : (١٨٥) من سورة (البقرة) .

(٤) الآية : (٧٨) من سورة (الحج)

المبحث الخامس

كيفية دفع التعارض عند الأصوليين

اختلف الأصوليون فيما يجب اتباعه على المجتهد من الخطوات عند تعارض النصوص تمهيداً للوصول إلى الحكم الشرعي . فوضعوا بعد التأمل وإعمال الفكر القواعد الخاصة بذلك ، مضمنين كل قاعدة المراحل التي يجب على المجتهد أن يتبعها وتمثل ذلك في أربع قواعد أساسية ، وفيما يلي بيانها : -

القاعدة الأولى : وهي عند الحنفية تشتمل على مراحل يجب أن يتبعها المجتهد وهي مرتبة على النحو التالي :

المرحلة الأولى : النسخ .

المرحلة الثانية : الترجيح بين الدليلين ، أو النصين المتعارضين .

المرحلة الثالثة : الجمع والتوفيق (١) .

المرحلة الرابعة : تساقط الدليلين ، والعدول إلى أدناهما رتبة (١) .

---

(١) أصول السرخسي : ٣/٢ ، التلويح : ١٠٣/٢ ، مرآة الأصول مع المرقاة : ٣٧٢/٢ التقرير والتحبير مت التحرير : ٣/٣ ، مسلم الثبوت مع فواتح الرحموت : ١٨٩/٢ ، أدلة التشريع المتعارضة : ص ٣٦ ، دراسات في التعارض والترجيح : ص ٣٠٣ ، التعارض والترجيح وأثرهما : ص ٧٢ كشف الأسرار على المنار للنسفي : ٥١/٢ - ٥٢ ، أصول الفقه الإسلامي : ١١٧٦/٢ .

(٢) التقرير والتحبير : ٣/٣ مسلم الثبوت مع فواتح الرحموت : ١٨٩/٢-١٩٢ ، أدلة التشريع والمتعارضة : ص ٣٦ ، أثر القاعدة الكلية أعمال الكلام أولى من إهماله ، ص ٤٥٣ ، أصول الفقه الإسلامي : ١١٧٦/٢ ، أصول الخضري بك : ص ٣٥٨ ، التعارض والترجيح وآثارهما في الفقه الإسلامي : ص ٧٢ .

المرحلة الخامسة : تقرير الأصول (البراءة الأصلية) (١) .

القاعدة الثانية : وهي عند الشافعية والمالكية والحنابلة - في وجه - والظاهرية (٢) . وتشتمل على المراحل التالية التي يجب أن يتبعها المجتهد مرتبة على النحو التالي :

المرحلة الأولى : الجمع والتوفيق .

المرحلة الثانية : الترجيح .

المرحلة الثالثة : النسخ .

المرحلة الرابعة : التساقط والعدول إلى الأدنى رتبة (٣) .

المرحلة الخامسة : تقرير الأصول (البراءة الأصلية) . (٤)

---

(١) مسلم الثبوت مع فواتح الرحموت : ١٨٨/٢ ، أصول الفقه الإسلامي : ١١٧٦/٢ أدلة التشريع المتعارضة : ص ٣٧ ، أصول الخضري بك : ص ٣٥٩ ، التعارض والترجيح وآثارهما في الفقه الإسلامي : ص ٧٧ كشف الأسرار على المنار للنسفي : ٥٢/٢ ، رنور الأنوار - بهامش كشف الأسرار على المنار : ٥٢/٢ ، شرح المنار لابن الملك ص ٦٧١ .

(٢) تنقيح الفصول للقرافي : ص ٤٢١ ، شرح المحلى على جمع الجوامع حاشية البناني : ٣٩٥/٢ ، شرح العضد على ابن الحاجب : ٣١٠/٢ ، الأسنوي : ١٩٢/٢ ، إرشاد الفحول : ص ٢٢٧ ، غاية الوصول : ص ١٤١ ، أصول الفقه الإسلامي : ١١٨٢/٢بالإحالة على رسالة في أصول الظاهرية : ص ٢٢ من مجموع رسائل ، ورسالة في أصول الفقه للسيوطي ، ص ٧٧ ، من مجموع رسائل ، المدخل لمذهب الإمام أحمد لابن بدران ، ص ٣٩٦ أثر القاعدة الكلية ، أعمال الكلام أولى من إهماله : ص ٤٥٣ ، التعارض والترجيح وآثارهما في الفقه الإسلامي : ص ١١٥ ، دراسات في التعارض والترجيح : ص ٣٨٣ .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) التعارض والترجيح وأثرهما في الفقه الإسلامي : ص ٦٥ .

القاعدة الثالثة : وهي عند جمهور المحدثين ، وذكرها الحنابلة ، وتشتمل على المراحل التالية ، و التي يجب على المجتهد أن يتبعها مرتبة على النحو التالي :

المرحلة الأولى : الجمع والتوفيق .

المرحلة الثانية : النسخ .

المرحلة الثالثة : الترجيح .

المرحلة الرابعة : التوقف أو الحكم بسقوط الدليلين (١) .

وذكر بعض الباحثين (٢) . أن هذه القاعدة عند غير الحنفية بشكل عام ، وأسقط من المرحلة الرابعة " الحكم بسقوط الدليلين ، ووضع محله (أو التخير) .

القاعدة الرابعة :وهي عند جماعة من الظاهرية وبعض الشافعية . ومضمون القاعدة عندهم " أن الواجب عند التعارض أحد أمرين : سقوط الدليلين أو التوقف إلى أن يوجد مرجح ، أو العلم بالتاريخ ، فيقدم أحدهما على الآخر " . (٣)

الاستدلال على هذه القواعد:

أولاً : استدل الحنفية على قاعدتهم بما يلي :

الدليل الأول: إن التعارض بالمعنى الذي ذكره العلماء يقتضي عدم اجتماع النصين

----

(١) شرح الكوكب المنير : ٦٠٨/٤ ، ومابعدها ، التعارض والترجيح : ص ٦٥ ، وص ٧٩ ، الموافقات للشاطبي : ٣١٤/٤ .

(٢) دراسات في التعارض والترجيح : ص ٣٨٣ .

(٣) التعارض والترجيح ، وآثارهما في الفقه الإسلامي : ص ٧٩ ، التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية : ٢٨٣/١ .

وأن أحدهما ناسخ للآخر ، وهذا ماألح إليه البزدوي وغيره من العلماء رحمهم الله تعالى ، عندما قال : وهذه الحجج التي ذكرنا وجوهها من الكتاب والسنة ، لا تتعارض في أنفسها وضعاً ، وإنما يقع التعارض بينها لجهلنا بالناسخ والمنسوخ " (١)

الدليل الثاني : اتفق العقلاء على أنه عند التعارض يقدم الراجح على المرجوح وعلى امتناع ترجيح المرجوح ومساواته بالراجح (٢) .

الدليل الثالث : لجوء الصحابة رضي الله عنهم إلى الترجيح إذا ما أشكل عليهم حديثان . (٣)

الدليل الرابع : إن تقديم الراجح على المرجوح هو المعقول ، وعليه انعقد الإجماع (٤) .

ثانياً: استدل الجمهور على القواعد عندهم بأدلة كثيرة من أهمها:

الدليل الأول : أن نصب الأدلة الشرعية من الشارع الحكيم ، إنما هو لأجل استفادة الأحكام منها ، وعليه فالأصل فيه الإعمال وهو يكون بالجمع والتوفيق ، لا الاهمال الذي يترتب على القول بالترجيح أو النسخ أو التخيير أوالتساقط (٥) .

----

(١) أصول فخر الإسلام البزدوي : ٧٦/٣ .

(٢) فواتح الرحموت : ١٩٥/٢ ، أدلة التشريع المتعارضة : ص ٦٩ .

(٣) أدلة التشريع المتعارضة : ص ٦٧ ومابعدها ، التعارض والترجيح وآثارهما ، ص ٧٨ .

(٤) مسلم الثبوت مع فواتح الرحموت : ١٩٥/٢ ، أدلة التشريع المتعارضة ص ٦٧ ، ص ١٦١ .

(٥) أثر القاعدة الكلية في أعمال الكلام أولى من إهماله : ص ٤٥٤ ، التعارض والترجيح وآثارهما : ص ٦٨ ، التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية : ٢٨٥/١ .

الدليل الثاني : ثبوت إمكانية استعمال الدليلين المتعارضين معاً ، وبناء أحدهما على الآخر وعليه فيجب الجمع والتوفيق - مثال ذلك : - قوله تعالى : " فيومئذٍ لايسأل عن ذنبه إنس ولا جان " (١) . وقوله تعالى : " فوربك لنسألنهم أجمعين " (٢) .

قال ابن عباس : يسألون في موضع ، ولايسألون في موضع آخر ، كما روى عنه أنه قال : " لايسألهم يعني ربهم : هل عملتم كذا وكذا ، لأنه أعلم بذلك منهم ، ولكن يقول : لم عملتم كذا وكذا ؟ فحيثما أحس رضي الله عنه بوجود التعارض بين الاثنين حاول الجمع وقدمه على غيره (٣) .

الدليل الثالث: أنه يجب تنزيه الأدلة عن النقص ، والجمع والتوفيق أفضل ماينزهها عن النقص ، فبالجمع يتوافقان ، ويزال الاختلاف المؤدي إلى النقص والعجز ، بخلاف الترجيح ، فإنه يؤدي إلى ترك أحدهما ، حيث أنه يجب العمل عند الترجيح بالراجح دون المرجوح ، وكذلك النسخ والتخيير ، وذلك أفضل من القول بتساقط الدليلين حيث أنه يترتب عليه ترك الدليلين معاً (٤) .

ثالثاً: وأما أصحاب القاعدة الثالثة : فلا يبدو اختلاف كبير بين مذهبهم ومذهب الجمهور ،

----

(١) الآية (٣٩) من سورة (الرحمن).

(٢) الآية (٩٢) من سورة (الحجر).

(٣) التعارض والترجيح : ص ٦٨ ، مختصر تفسير ابن كثير / للشيخ محمد علي الصابوني ٣١٩/٢ ، و ٣/ ٤٢٠ .

(١) الإعتبار في الناسخ والمنسوخ للحازمي : ص ٢٥ ، التعارض والترجيح وآثارهما ، ص ٦٩ .

كل مافي الأمر أن المحدثين يرون أنه بعد تعذر الجمع والتوفيق بين الدليلين ينظر في التاريخ ويحكم بنسخ السابق باللاحق فهم يقدمون النسخ على الترجيح عكس الجمهور.

وبالتالي فدليلهم على تقديم الجمع والتوفيق هو عين دليل الجمهور وأما تقديم النسخ على الترجيح فدليلهم ماذكره الحنفية بصرف النظر عن تمسك الحنفية بتقديم النسخ على الجمع والتوفيق والترجيح (١) .

رابعاً: استدل أصحاب القاعدة الرابعة بأدلة منها:

الدليل الأول: أن التعارض اختلاف ، والإختلاف ليس من عند الله . قال تعالى : " ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيرا " . (٢) وبالتالي فالدليلان المتعارضان ليسا من عند الله ، فيتساقطان (٣) .

الدليل الثاني : أن البناء والجمع إما أن يكون بنفس اللفظ ، وهو لايدل عليه ، أو بدليل آخر وليس معكم في الجمع دليل ، فوجب التوقف والقول بسقوط الدليلين المتعارضين (٤) .

----

(١) راجع التعارض والترجيح وأثرهما ، ص ٨٠ .

(٢) الآية (٨٢) من سورة النساء .

(٣) التعارض والترجيح وأثرهما : ص ٨٠ - ٨١ .

(٤) المرجع السابق .

- **وقد ناقش الجمهور هذا المذهب ، بدليليه :**

أما عن الدليل الأول : **قال الجمهور** : لانسلم ببقاء الاختلاف لزواله بالجمع والبناء .

وعن الدليل الثاني : بأن هذا يبطل أحد الدليلين على الآخر ، فإنه يجوز ذلك وإن لم يدل دليل آخر أو لايفهم من اللفظ ، وفي الوقت نفسه لانسلم لكم عدم وجود دليل من اللفظ ولا من الخارج ، ودليل ذلك مايلي : -

قال عليه الصلاة والسلام : " من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها"(١) .

وروي عن أبي هريرة أن النبي صلى اله عليه وسلم نهى عن صلاتين : بعد العصر حتى تغرب الشمس ، وبعد الصبح حتى تطلع الشمس " (٢) .

فالحديث الأول يفيد جواز قضاء الصلاة في أي وقت ، حتى في الوقت المنهي عنه ، **والحديث الثاني يفيد عدم جواز الصلاة في هذين الوقتين** ، والقرينة على تخصيص الأول من الثاني موجودة ، وهي فعله صلى

----

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص : " حديث من نام عن صلاة ، أو نسيها فليصلها إذا ذكرها ، فإن ذلك وقتها لاوقت لها غيره ، الدارقطني والبيهقي في الخلافيات من حديث أبي هريرة بسند ضعيف دون قوله : " لاوقت لها غيره ، وأصله في الصحيحين دون قوله : فإن ذلك وقتها " أ هـ . تلخيص الحبير : ١٨٦/١ .

(٢) قال الحافظ ابن حجر : " الحديث متفق عليه " تلخيص الحبير : ١٨٥/١ ، وذكر صاحب كتاب التعارض والترجيح وأثرهما في الفقه : ص ٨١ : " إن هذا الحديث أخرجه ابن شاهين في الناسخ والمنسوخ - بلفظ حتى ترتفع الشمس ، ص ٢٥١ " .

الله عليه وسلم . فقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : " مادخل عليَّ رسول الله صلى الله عليه بعد العصر إلا صلى ركعتين " (١) .

كما أن القرينة موجودة في اللفظ وهي قوله : " فليصلها " والأصل في الأمر أنه يفيد الوجوب عند عدم الصارف ولايوجد .

وعليه فقولكم : بعدم وجود دليل لا من اللفظ ولا من الخارج ، أو من غيره ، ممنوع " (٢)

هذا وبعد ذكر القواعد الخاصة بدفع التعارض بين الأدلة أو النصوص ، **أذكر أمرين هامين :**

الأمر الأول : أن ماذكر من قواعد العمل عند التعارض بين النصوص أو الأدلة ، إنما هو من حيث هما متعارضان ، بقطع النظر عن كونهما عامين ، أو خاصين أو مختلفين أو مطلقين أو مقيدين أو مختلفين أو كون أحد الدليلين منطوقاً والآخر مفهوماً ، أو غير ذلك كقول وفعل .

الأمر الثاني :

أ - **أن كل فريق من العلماء يسعى إلى دفع التعارض** ، أو الإفادة من الأدلة المتعارضة ظاهراً ، أو متوخياً في ذلك إعمال الدليل ماأمكن فيما رآه من قاعدة .وبعبارة أخرى : إعمال جميع الأدلة ما أمكن فيما رآه من قاعدة .

----

(١) التعارض والترجيح وأثرهما : ص ٨١ . اختلاف الحديث للإمام الشافعي : ص ٧٣ .

(٢) التعارض والترجيح وآثارهما : ص ٨١ .

ب - **وأنه إذا ما تأملنا نجد** : أن هذه القواعد تعكس في الحقيقة نظرة كل من الحنفية وغيرهم من الجمهور للأدلة في أصول فقههم ، والتي اختلفت مناهجها - فيما بينهم - سواء أكان ذلك في مباحث الألفاظ ، أم مباحث الأدلة ، أو مباحث الحكم . وغير ذلك من المباحث .

ج - **سعي كل فريق عند تعارض الأدلة** - فيما يراه من قاعدة - إلى الإبتعاد عن الأخذ بالضعيف من الأدلة ، مع وجود الأقوى أو المنسوخ مع وجود الناسخ ، أو الأخذ بالمرجوح وترك الراجح .

وفي ضوء ماتقدم لا أرى وجهاً لترجيح قاعدة على أخرى . والله أعلم .

وأخيراً فقد كان لهذا الاختلاف في قواعد العمل عند التعارض بين النصوص أو الأدلة الشرعية كبير الأثر في الفقه الإسلامي من حيث التطبيق . إذ لايخلو باب من أبواب الفقه - في الغالب - من مسألة أو مسألتين ، كان اختلاف الحكم فيها أثراً لاختلاف قواعد العمل عند تعارض النصوص .

وهذا الأثر في الجانب التطبيقي سأتناوله - إن شاء الله - في بحث لاحق .

وآخر دعواي أن الحمدلله رب العالمين .

* ثبت المراجع *

أولاً: التفسير وعلوم القرآن:

١ - الإعتبار في الناسخ والمنسوخ ، للشيخ أبي بكر الحازمي .
مكتبة عاطف - الأزهر - مصر .

٢ - مختصر تفسير ابن كثير - اختصار وتحقيق الأستاذ محمد علي الصابوني
دار القرآن الكريم - بيروت ، لبنان ١٤٠٢ هـ - ١٩٨١ م .

٣ - مدارك التنزيل وحقائق التأويل - لأبي البركات النسفي (٧٠١ هـ) دار
الكتاب العربي - بيروت - لبنان .

ثانياً: الحديث النبوي الشريف وشروحه:

٤ - اختلاف الحديث - للإمام محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤ هـ) تحقيق
محمد أحمد عبدالعزيز ، دار الباز - مكة المكرمة ، دار الكتب العلمية -
بيروت - لبنان ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

٥ - أوجز المسالك إلى موطأ الإمام مالك للشيخ محمد الكاندهولي - المكتبة
الإمدادية - مكة المكرمة - باب العمرة .

٦ - تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، أحمد بن علي
العسقلاني (٨٥٢ هـ) المدينة المنورة ١٣٨٤ - ١٩٦٤ ، طبع بإشراف
السيد عبدالله هاشم اليماني .

٧ - سبل السلام شرح بلوغ المرام - للشيخ محمد بن اسماعيل الصنعاني
(١١٨٢ هـ) (بلوغ المرام لابن حجر ٨٥٢ هـ) - دار الحديث ، الأزهر

مصر .
٨ - شرح معاني الآثار - لأبي جعفر الطحاوي (٣٢١ هـ) ، مطبعة الأنوار المحمدية - باب الخلق - القاهرة ، ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م .
٩ - شرح النووي (٦٧٦) على صحيح مسلم - طبعة الشعب .
١٠ - طريق الرشد إلى تخريج أحاديث ابن رشد - للشيخ عبداللطيف ابراهيم - الجامعة الإسلامية ١٣٩٧ هـ - مؤسسة مكة للطباعة والإعلام .
١١ - جامع الأصول من أحاديث الرسول ، ابن الأثير ٦٠٦ هـ الطبعة الأولى ١٣٧٠ هـ - ١٩٥٠ م ، إحياء التراث العربي - بيروت .
١٢ - منتقى الأخبار - الشيخ ابن تيمية ٦٢١ هـ مع شرحه نيل الأوطار للشوكاني ١٢٥٥ هـ - دار العلم - بيروت لبنان .
١٣ - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ أبي بكر الهيثمي ٨٠٧ هـ ، الطبعة الثالثة ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م - دار الكتاب العربي - بيروت لبنان .
١٤- نصب الراية لأحاديث الهداية - جمال الدين الزيلعي الحنفي ٧٦٢ هـ ، الطبعة الأولى - مصر دار المأمون ١٣٥٧ هـ .
١٥ - النهاية في غريب الحديث - الشيخ محمد الجزري - دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان .

ثالثاً: أصول الفقه :

١٦ - الأحكام في أصول الأحكام - ابن حزم (٤٥٦هـ) مطبعة العاصمة القاهرة .

١٧ - أصول السرخسي (٤٩٠ هـ) حقق أصوله أبوالوفا الأفغاني - طبعة ١٣٧٢ دار الكتاب العربي .

١٨ . أصول الفقه الإسلامي - الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي - دار الفكر - دمشق ، الطبعة الأول ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٨ م .

١٩ - أصول الفقه للشيخ محمد الخضري بك - المكتبة التجارية الكبرى - مصر - ١٣٨٩ هـ .

٢٠ - أدلة التشريع المتعارضة ووجوه الترجيح بينها - الأستاذ الدكتور بدران أبوالعينين بدران - مؤسسة شباب الجامعة مصر - الإسكندرية ١٩٨٥ م .

٢١ - التحرير - الكمال بن الهمام (مع شرحه)

٢٢- التقرير والتحبير / ابن أمير الحاج (٨٧٩ هـ) دارالكتب العلمية بيروت لبنان - ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

٢٣- تخريج الفروع على الأصول - شهاب الدين الزنجاني (٦٥٦ هـ) تحقيق الأستاذ الدكتور محمد أديب صالح - مطبعة جامعة دمشق ١٣٨٢ هـ - ١٩٦٢ م .

٢٤ - تسهيل الوصول إلى علم الأصول - الشيخ محمد المحلاوي طبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر الأزهر - الطبعة الأولى ١٣٤١ هـ .

٢٥ - التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية - الشيخ عبداللطيف البرزنجي ، وزارة الأوقاف - بغداد - الطبعة الأولى ١٤٠١ هـ - ١٩٨٢ م .

٢٦ - التعارض والترجيح عند الأصوليين - الدكتور محمد الحفناوي - دار

الوفاء - المنصورة - مصر - الطبعة الأولى - ١٩٨٥ م .

٢٧ - التلويح على التوضيح لمتن التنقيح - سعد الدين التفتازاني ٧١٢ هـ ، والتوضيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود (٧٤٧ هـ) مطبعة محمد علي صبيح ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٧ م .

٢٨ - أ - جمع الجوامع - ابن السبكي .

٢٩ - ب - مع شرح المحلى عليه .

٣٠ - ج - مع حاشية البناني على شرح المحلى - طبع عيسى البابي الحلبي - مصر .

٣١ - دراسات في التعارض والترجيح عند الأصوليين ، الأستاذ الدكتور سيد صالح عوض ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م ، دار الطباعة المحمدية - الأزهر - مصر .

٣٢ - شرح تنقيح الفصول ، شهاب الدين القرافي (٦٨٤هـ) دار الفكر للطباعة والنشر ، القاهرة .

٣٣ - شرح الكوكب المنير في أصول الفقه ، للشيخ محمد الفتوحي المعروف بابن النجار (٩٧٢ هـ) تحقيق الدكتور محمد الزحيلي والدكتور نزيه حماد ، جامعة أم القرى ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م .

٣٤ - غاية الوصول شرح لب الأصول - للشيخ زكريا الأنصاري الشافعي ، من علماء القرن السابع ، طبع مطبعة عيسى البابي الحلبي - مصر - الأزهر .

٣٥ - فتح الغفار شرح المنار لابن نجيم الحنفي (٩٧٠ هـ) طبع مصطفى البابي الحلبي - مصر - ١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦ م .

٣٦ - كشف الأسرار شرح أصول فخر الإسلام البزدوي - للشيخ عبدالعزيز البخاري (٧١٠) طبعة استانبول .

٣٧ - كشف الأسرار شرح المصنف على المنار - للشيخ أبي البركات عبدالله بن أحمد النسفي المتوفي سنة (٧١٠ هـ) وبهامشه نور الأنوار على المنار للشيخ حافظ أحمد المعروف بملا جيون (١١٣٠ هـ) الطبعة الأولى - الأميرية - ١٣١٦ هـ .

٣٨ - المحصول في علم أصول الفقه - فخر الدين الرازي (٦٠٦ هـ) تحقيق طه جابر العلواني ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية . السعودية ، الطبعة الأولى ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .

٣٩ - مختصر ابن الحاجب (٦٤٦ هـ) مع شرحه للشيخ عضد الدين (٧٥٦هـ) ، مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٢ م .

٤٠ - أ - مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول للشيخ منلا خسرو.

٤١ - ب - مع حاشية الأزميري عليه - الطبعة الأولى .

٤٢ - المسودة في أصول الفقه - آل تيمية ، جمعها أحمد بن محمد بن أحمد الفقيه الحنبلي (٧٤٥ هـ) دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان .

٤٣ - مفتاح الوصول في بناء الفروع على الأصول للشريف التلمساني ، دار الكتاب العربي - مصر - الطبعة الأولى - ١٣٨٣ هـ - ١٩٦٢ م .

٤٤ - الموافقات في أصول الأحكام لأبي إسحاق الشاطبي (٧٩٠ هـ) طبعة لبنان .

٤٥ - المنار في أصول الفقه للنسفي (٧١٠ هـ) مع شرح ابن الملك عليه مع

حاشية الرهاوي عليه - الطبعة العثمانية ١٣١٥ هـ .

٤٦ - ميزان الأصول في نتائج العقـــول للشيـــخ علاء الدين السمرقنـــدي (٥٣٩ هـ) حققه دكتور محمد زكي عبدالبر - الطبعة الأولى ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م - جامعة قطر .

رابعاً: الفقه :

٤٧ - الإختيار لتعليل المختار - للشيخ عبدالله بن محمود بن مودود ٦٨٣ هـ - المكتبة الإسلامية استانبول - ١٩٥١ م - ١٣٧٠ هـ .

٤٨ - الأيمان والنذور - الدكتور محمد أبو فارس مؤسسة الرسالة عمان - الطبعة الأولى - ١٣٩٩ هـ

٤٩ - الأم - للإمام الشافعي (٢٠٤ هـ) دار المعرفة - بيروت - لبنان .

٥٠ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ابن رشد (الحفيد) ٥٩٥ هـ ، طبع سنة ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م ، مصطفى البابي الحلبي - مصر وطبعة دار الكتب الحديثة - مصر - مطبعة حسان - شارع الجيش - القاهرة .

٥١ - الذخيرة - شهاب الدين القرافي (٦٨٤ هـ) دار الفكر للطباعة والنشر - القاهرة .

٥٢ - رؤوس المسائل - محمود بن عمر الزمرخشي (٥٣٨ هـ) تحقيق عبدالله نذير أحمد - دار البشائر الإسلامية - بيروت - لبنان - انطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .

٥٣ - الروض المربع بشرح زاد المستقنع - للشيخ منصور البهوتي - مكتبة الرياض الحديثة - السعودية - ١٣٧٩ هـ .

٥٤ - روضة الطالبين - للإمام النووي (٦٧٦ هـ) المكتب الإسلامي - بيروت - لبنان .

٥٥- زاد المحتاج شرح المنهاج - للشيخ عبدالله حسن الكوهجي - الشؤون الدينية - قطر - الطبعة الأولى .

٥٦ - الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك - للشيخ الدردير مع حاشية الصاوي عليه - دار المعارف - مصر ١٣٩٢ هـ .

٥٧ - شرح المحلى على منهاج الطالبين - للشيخ محي الدين النووي مع حاشية قيلوبي وعميرة ، طبع مطبعة دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي .

٥٨ - الهناية شرح الهداية ، أكمل الدين البابرتي (٧٨٦ هـ) مطبع مع كتاب فتح القدير - دار إحياء التراث العربي - بيروت .

٥٩ - فتح القدير شرح الهداية - الكمال بن الهمام - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان

٦٠ - الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي - دار الفكر - دمشق - الطبعة الأولى .

٦١ - القوانين الفقهية - ابن جزي (٧٤١ هـ) الدار العربية للكتاب - ليبيا - تونس .

٦٢ - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، ابن عبدالبر - مطبعة حسان - مصر ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

٦٣ - اللباب شرح الكتاب .

٦٤ - المبسوط - للسرخسي (٤٩٠ هـ) دار المعرفة - بيروت - لبنان .

٦٥ - المحلى لابن حزم (٤٥٦هـ) دار الأوقاوف الجديدة - بيروت - لبنان .

٦٦ - المدونة الكبرى - الإمام مالك برواية سحنون بن سعيد عن عبدالرحمن بن قاسم - دار الفكر للطباعة والنشر .

٦٧ - مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح للشيخ حسن بن عمار الشرنبلالي (١٠٦٩ هـ) دار المعرفة - بيروت - لبنان .

سادساً: كتب اللغة والمصطلحات:

- أساس البلاغة - للزمرخشي محمود بن محمد (٥٣٨ هـ) طبع دار الكتب - مصر .

- أنيس الفقهاء ف يتعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء - للشيخ قاسم القونوي ٩٧٨هـ - تحقيق الدكتور أحمد عبدالرزاق الكبيسي - دار الوفاء - السعودية - جدة - الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

- التعريفات - للجرجاني - على بن محمد بن علي ٨١٦ هـ - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان .

- القاموس المحيط - مجد الدين الفيروز آبادي - المؤسسة العربية للطباعة والنشر - دار الجيل - بيروت - لبنان .

- لسان العرب - ابن منظور - (٧١١ هـ) طبع سنة ١٩٥٥ م - دار صادر - بيروت - لبنان .

- المصباح المنير - أحمدبن محمد بن علي الفيومي - دار المعارف١٩٧٧ م - تحقيق عبدالعظيم الشناوي .

- معجم مقاييس اللغة - أحمد بن فارس (٣٩٥ هـ) طبعة مصطفى

البابي الحلبي ١٣٨٩ هـ -.

- النوادر في اللغة - سعيد أوس بن ثابت أبو زيد البصري ٢١٥ هـ - تحقيق محمد عبدالقادر أحمد - بيروت - دار الشروق - ١٩٨١ م .

سابعاً: كتب التراجم :

- الأعلام - خير الدين الزركلي - دار العلم - لبنان - الطبعة السادسة ١٩٨٤ م .

ثامناً: علوم مختلفة :

- فضل علم السلف على الخلف - عبدالرحمن بن أحمد - ابن رجب الحنبلي ٧٩٥ هـ - تحقيق عبدالرحمن أحمد العطية - دمشق - دار الهجرة ١٩٨٩ م .

أحكام السـرقة

في الشـرع الإسـلامي

للدكتور

محمـد جبـر الألفـي *

---

* أستاذ مساعد بقسم الشريعة في كلية الشريعة والقانون . تلقى دراسته الشرعية في جامعة الأزهر ، ودراسته القانونية في جامعات عين شمس والقاهرة وباريس ، تقلب في مناصب التدريس بجامعات الأزهر وباريس والكويت والإمارات ، له عدة بحوث ومؤلفات في الفقه المقارن بالعربية والفرنسية وقام بتحقيق بعض كتب التراث ، وساهم في كتابة ومراجعة الكثير من مواد الموسوعة الفقهية ، وشارك في العديد من المؤتمرات المحلية والإقليمية والدولية .

شهدت حركة تقنين الفقه في العديد من البلدان الاسلامية رواجا ملحوظا ، واكبه تعاطف البعض وحماس البعض الآخر . ووقف فريق ثالث موقف الشك والريبة ، يتربص بما قد تسفر عنه التجربة من مشاريع أو تشريع . حتى إذا دخلت أحكام الحدود حيز التطبيق والتنفيذ ، سخط قوم وازور آخرون ، وأعلن الحرب على تطبيق الحدود الشرعية قوى ظاهرة وأخرى خفية .

ولعل السبب الرئيسي في الاعتراض على مانتج عن تطبيق الحدود في بعض الأقاليم ، أن هذه التشريعات وضعت على عجل ، وصيغت بطريقة قاصرة لم تأخذ في الاعتبار جملة الأحكام التي تطرق إليها الفقهاء على اختلاف مذاهبهم ، ولم تنفخ فيها روح الاسلام ، بنظرته الشاملة وافقه العريض ، فجاءت أحكاما جامدة وطبقها أناس يفتقرون إلى الغوص على المعاني الفقهية وقلت بضاعتهم من السياسة الشرعية.

فكان لزاما أن أعرض آراء الفقهاء المختلفة حول الحدود الاسلامية مكتفيا بفقه المذاهب الأربعة الذي صار حجة لدى جماهير المسلمين ، من غير أن أنتصر لرأي أو أن أرجح حجة ، ليقارن المتشرعون بين مختلف الآراء ، وليمحصوا ما أدلى به من أدلة، وليختاروا بعد ذلك ماتقتضيه السياسة الشرعية ، في عالم تقاربت فيما بين أقطاره المسافات ، وتشابهت فيما بين شعوبه النظم والاتجاهات ، وتشابكت بين دوله المصالح والعلاقات .

وقد بدأت بأحكام السرقة ، لأنها صادفت - من بين الحدود - نقدا لاذعا ، وهجوما شرسا ، يخشى معه كثير من المسلمين أن يتهموا بالتخلف عن ركب الحضارة

الانسانية إن هم فكروا في تطبيقه . وما أقصد بهذا العرض إلا أن أبين لأولي الألباب شرع ربهم ، وفقه أئمتهم ، فيقيموا حكم الاسلام على بصيرة من أمرهم ، والله من وراء هذا القصـد .

السرقـــة

التعريف:-

١ - في اللغة : السرقة أخذ الشيء من الغير خفية . يقال : سرق منه مالا ، وسرقه مالا يسرقه سرقاً وسرقةً : أخذ ماله خفية ، فهو سارق . ويقال : سرق أو استرق السمع والنظر : سمع أو نظر مستخفيا (١) .

٢ - وفي الاصطلاح : تختلف عبارات الفقهاء تبعا لاختلاف الشروط التي يتطلبها كل مذهب لتحديد ماهية السرقة الموجبة للحد .

فعند الحنفية : هي أخذ العاقل البالغ نصابا محرزا ، أو ما قيمته نصاب ، ملكا للغير ، لا شبهة له فيه ، على وجه الخفية (٢) .

وعند المالكية : هي أخذ مكلف حرا لايعقل لصغره ، أو مالا محترما لغيره نصابا ، أخرجه من حرزه بقصد واحد ، خفية ، لاشبه له فيه (٣) .

----

(١) تهذيب الأسماء واللغات . لسان العرب - مختار الصحاح - المصباح المنير . المعجم الوسيط .

(٢) الاختيار لتعليل المختار ، ج ٤ ص ١٠٢ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢١٩ الفتاوي الهندية ، ج ٢ ص ١٧٠ . وأنظر لابن نجيم تعريفا مفصلا في البحر الرائق ، ج ٥ ص ٥٥ .

(٣) شرح الخرشي ، ج ٨ ص ٩١ . بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٣٧٢ .

ويذهب الشافعية إلى أنها : أخذ البالغ العاقل المختار الملتزم بأحكام الاسلام نصابا من المال بقصد سرقته ، من حرز مثله ، لاشبهة له فيه (١) .

ويرى الحنابلة أنها : أخذ مال محترم لغيره ، وإخراجه من حرز مثله ، لا شبهة له فيه ، على وجه الاختفاء (٢) .

الألفاظ ذات الصلـــة :

اختلاس: يقال : خلسَ الشيء أو اختلسه ، أي : استلبه في نُهْزةٍ ومخاتلةٍ(٣) . والمختلس : هو الذي يأخذ المال جهرة معتمدا على السرعة في الهرب (٤) . فالفرق بين السرقة والاختلاس : أن الأولى عمادها الخفية ، والاختلاس يعتمد المجاهرة ولذا ورد في الحديث : ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع (٥) .

---

(١) المهذب للشيرازي ، ج ٢ ص ٢٧٧ . وقريب منه : نهاية المحتاج، ج ٧ ص ٤٣٩ . قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٨٦ .

(٢) الاقناع ، ج ٤ ص ٢٧٤ . كشاف القناع ، ج ٦ ص ١٢٩ .

(٣) لسان العرب . المصباح المنير . المعجم الوسيط .

(٤) المبسوط ، ج ٩ ص ١٦٠ . بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٣٦ . نهاية المحتاج، ج ٧ ص ٣٤٦ . المغني ، ج ١٠ ص ٢٣٩ .

(٥) نيل الأوطار ، ج ٧ ص ٣٠٤ . والحديث رواه الخمسة وصححه الترمذي .

جحد الامانـــة:

الجحد أو الجحود : الانكار ، ولايكون إلا على علم من الجاحد به (١) . والجاحد أو الخائن : هو الذي يؤتمن على شيىء بطريق العارية أو الوديعة فيأخذه ويدعى ضياعه ، أو ينكر أنه كان عنده وديعة أو عارية . فالفرق بين السرقة والخيانة يرجع إلى قصور في الحرز ، فلا يجب إلا التعزير عند الحنفية والمالكية والشافعية وفي رواية عند الحنابلة . والرواية الأخرى وهي المذهب ، يجب القطع على جاحد العارية باعتبار أنه سارق (٢) .

حرابــة:

الحرابة : الاستيلاء على الشيىء مع تعذر الغوث (٣) . وتسمى قطع الطريق ، والسرقة الكبرى . ويفرق بينها وبين السرقة بأن الحرابة هي البروز لأخذ مال أو لقتل أو إرعاب مكابرة اعتمادا على الشوكة مع البعد عن الغوث(٤)، أما السرقة فهي أخذ المال خفية. فالحرابة تكتمل بالخروج على سبيل المغالبة وإن لم يؤخذ مال ، أما السرقة فلا بد فيها من أخذ المال على وجه الاختفاء (٥) .

---

(١) لسان العرب (جحد) . المصباح المنير .

(٢) فتح القدير . ج ٥ ص ٣٧٣. بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٣٦ نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٣٦ . كشاف القناع ، ج ٦ ص ١٠٤ ، ١٠٥ .

(٣) انظر : الموسوعة الفقهية مصطلح : اختلاس ، فقرة ٢ - ج .

(٤) نهاية المحتاج ، ج ٨ ص ٢ ومابعدها .

(٥) شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٦٨ .

غصب:

حدّ الغصب في اللغة : أخذ الشيىء ظلما مجاهرة ، وفي الشرع : هو الاستيلاء على حق الغير عدوانا . فالفرق بين الغصب والسرقة : أن الأول يتحقق بالمجاهرة ، بينما تتطلب السرقة أن يكون الأخذ سرا من حرز مثله (١) .

نبش:

يقال : نبشته نبشا ، أي استخرجته من الأرض . ونبشت الأرض : كشفتها ومنه : نبش الرجل القبر (٢). والنباش : هو الذي يسرق أكفان الموتى بعد دفنهم في قبورهم (٣). وقد اختلف الفقهاء في حكمه وفي اعتباره سارقا ، فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى عدم اعتبار النباش سارقا لأنه يأخذ مالا مالك له وليس مرغوبا فيه ، واشتراط الخفية لا يجعل هذا النوع من الأخذ سرقة (٤) . وذهب أبو يوسف وجمهور المالكية والشافعية والحنابلة إلى اعتبار النباش سارقا ، لا نطباق حد السرقة عليه ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : { من حرق حرقناه ، ومن غرق غرقناه ، ومن نبش قطعناه } (٥) .

نشل:

نشل الشيىء نشلاً : أسرع نزعه . يقال : نشل اللحم من القدر ، ونشل الخاتم من اليد ، والمنشلة - بفتح الميم - موضع الخاتم من الخنصر . والنشال : المختلس

---

(١) كفاية الاخيار ، ج ١ ص ١٨٢ . حاشية الدسوقي ، ج ٣ ص ٢٤٢ .

(٢) المصباح المنير .

(٣) البحر الرائق ، ج ٥ ص ٦٠ .

(٤) المبسوط ، ج ٩ ص ١٥٩ ، ١٦٠ .

(٥) فتح القدير ، ج ٥ ص ٣٧٤ ، ٣٧٥، حاشية الدسوقي ، ج ٤ ص ٣٤٠ . تكملة المجموع ، ج ١٨ ص ٣٢١ . كشاف القناع ، ج ٦ ص ١٣٨ ، ١٣٩. البيهقي : ٤٣/٨.

الخفيف اليد من اللصوص ، يشق ثوب الرجل ويسل مافيه على غفلة من صاحبه · ويعبر عنه بالطرّار، من طررته طرا : إذا شققته (١) · ولا يختلف المعنى الفقهي عن المعنى اللغوي ، فالطرّار أو النشال هو الذي يسرق الناس في يقظتهم بنوع من المهارة وخفة اليد(٢) · قال الكمال بن الهمام : هو الذي يأخذ الهميان(٣) · فالفرق بين النشل أو الطر وبين السرقة يتمثل في تمام الحرز ، ولهذا اختلف الفقهاء في تطبيق حد السرقة على النشال : فجمهورهم يسوي بين السارق والطرار سواء شق الكم أو القميص وأخذ منهما مايبلغ النصاب ، أو أدخل يده فأخذ دون شق ، لأن الانسان يعتبر حرزا لكل مايلبسه أو يحمله من النقود وغيرها (٤) · وبعضهم يرى أنه إذا أدخل يده في الكم أو في الجيب فأخذ من غير شق ، أو شق غيرهما مثل الصرة فلا يطبق عليه حد السرقة، لعدم اكتمال الأخذ من الحرز (٥) ·

نهب:

نَهبَ الشيء نَهْبا : أخذه قهرا · والنّهب : الغارة ، والغنيمة ، والشيء المنهوب · يقال : هذا زمان النهب ، أ ي الانتهاب ، وهو الغلبة على المال والقهر (٦) قال الأزهري: والنهب : ما انتهب من المال بلا عوض ، يقال : أنهب فلان ماله : إذا أباحه لمن أخذه ،

---

(١) لسان العرب · المصباح المنير · المعجم الوسيط ·

(٢) طلبة الطلبة ، ص ٧٨ ·

(٣) شرح فتح القدير ، ج ٥ ص ٣٩٠ · والهميان : كيس تجعل فيه النفقة ويشد على الوسط ، وجمعه : همايين (المصباح المنير) ·

(٤) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ، ص ١٨٢ · أحكام القرآن للقرطبي ، ج ٦ ص ١٧٠ · المغني ، ج ٨ ص ٢٥٦ ·

(٥) المبسوط · ج ٩ ص ١٦١ · شرح فتح القدير ، ج ٥ ص ٣٩١ · بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٦ ·

(٦) لسان العرب ، المصباح المنير ، المعجم الوسيط ·

ولا يكون نهبا حتى تنتهبه الجماعة ، فيأخذ كل واحد شيئا ، وهي النهبة (١) . من هذا يظهر أن الفرق بين النهب والسرقة يعود إلى عنصر الخفية وهو لايتوافر في النهب . ولهذا ورد في الحديث { ليس على المختلس ولا على المنتهب ولا على الخائن قطع } (٢).

أركان السرقـــة

للسرقة أربعة أركان : السارق ، والمسروق منه ، والمال المسروق ، والأخذ خفية .

الركن الأول - السـارق:

يجب - لاقامة حد السرقة - أن تتوافر في السارق خمسة شروط : أن يكون مكلفا ، وأن يقصد فعل السرقة ، وألا يكون مضطرا إلى الأخذ ، وأن تنتفي الجزئية بينه وبين المسروق منه ، وألا تكون عنده شبهة في استحقاق ما أخذ .

١ - التكليف:

لايقام الحد على السارق ذكرا كان أو أنثى (٣) إلا إذا كان مكلفا ، أي : بالغا عاقلا.

أ - ويعتبر الشخص بالغا إذا توافرت فيه إحدى علامات البلوغ ، أما من كان دون البلوغ فلا حد عليه ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم :{ رفع القلم عن ثلاثة عـن

---

(١) الزاهر ، ص ٤٣١ .

(٢) أبو داود : ٥٢٢/٤ . الترمذي : ٥٢/٤ .

(٣) ابن عابدين ، ج ٣ ص ٢٦٥ . بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٣٧ . الأحكام السلطانية للماوردي ، ص ٢٢٨ . الأحكام السلطانية لأبي يعلى ، ص ٢٦٨ .

الصغير حتى يكبر ... }(١) ، ولذا قال ابن حجر : أجمع العلماء على أن الاحتلام في الرجال والنساء يلزم به العبادات والحدود وسائر الأحكام (٢) .

ب - واتفقوا كذلك على اشتراط العقل لاقامة الحد على السارق ، إذأنه مناط التكليف (٣) ، لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق : {{ ... وعن المجنون حتى يعقل }} . هذا إن كان الجنون مطبقا ، فأما إن كان غير مطبق ، وجب الحد إن سرق في حال الافاقة ، ولا يجب إن سرق في حال الجنون .

ج - وقد الحق الفقهاء المعتوه بالمجنون ، لأن العته نوع جنون فيمنع أداء الحقوق (٤) .

د - ولا يجب إقامة الحد إذا صدرت السرقة عن النائم (٥) ، لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المتقدم : {{ ... وعن النائم حتى يستيقظ }} .

هـ - كذلك لايقام الحد على المغمي عليه إذا سرق حال اغمائه (٦) .

و - أما من يسرق وهو سكران فقد اختلفت آراء الفقهاء بشأنه : فبعضهم يرى أن عقله غير حاضر ، فلا يؤاخذ بشيىء مطلقا إلا حد السكر ، سواء أكان متعديا أم كان غير متعد به (٧) . غير أن جمهور الفقهاء يفرق بين الحالتين : إذا كان السكران قد تعدى بسكره ، فإن حد السرقة يقام عليه ، سدا للذرائع ، حتى لايقصد من يريد

---

(١) أبو داود ، ج ٤ ص ٥٥٨ - ٥٦٠ . النسائي ، كتاب الحدود . ابن ماجه، كتاب الطلاق .

(٢) فتح الباري ، ج ٥ ص ٢٧٧ . وأنظر : بدائع الصنائع . ج ٧ ص ٦٧ . الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٤ ص ٣٣٢ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٢١ . كشاف القناع ، ج ٦ ص ١٢٩ .

(٣) نفس المراجع السابقة .

(٤) ابن عابدين ، ج ٢ ص ٤٢٦ ، ٤٢٧ .

(٥) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٧ . شرح منتهى الارادات ، ج ٣ ص ٣٣٦ .

(٦) الأحكام السلطانية للماوردي، ص ٢٢٨ . الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢٦٨ .

(٧) المهذب ، ج ٢ ص ٢٧٧ . المغني ، ج ٨ ص ١٩٥ .

ارتكاب جريمة إلى الشرب درءا لاقامة الحد عليه . أما إذا لم يكن متعديا بالسكر فيدرأ عنه الحد ، لقيام عذره وانتفاء قصده (١) .

ز - ومما يلتحق بمسألة التكليف : اشتراط كون السارق ملتزما أحكام الاسلام حتى تثبت ولاية الامام عليه . ولذا لا يقام حد السرقة على الحربى غير المستأمن لعدم التزامه أحكام الاسلام ، ويقام الحد على الذمي لأنه بعقد الذمة يلتزم بأحكام الاسلام وتثبت ولاية الامام عليه (٢) . أما الحربى المستأمن : فإن سرق من مستأمن آخر لايقام عليه الحد لعدم التزام أي منهما أحكام الاسلام . وإن سرق من مسلم أو ذمى ففي إقامة الحد عليه آراء مختلفة .

فقد ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى عدم إقامة الحد عليه ، لأنه غير ملتزم بأحكام الاسلام(٣) ، وقد قال تعالى : {{ وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه ، ذلك بأنهم قوم لايعلمون }}(٤) وذهب أبو يوسف والمالكية والحنابلة إلى وجوب إقامة الحد عليه لأن دخوله في الأمان يجعله ملتزما الأحكام (٥) .

وعند الشافعية ثلاثة آراء : أولها - أن المستأمن يقام عليه حد السرقة كالذمي . والثاني : أنه لا يقام عليه الحد كالحربى . والثالث : يفصل بالنظر إلى طبيعة عقدالأمان

---

(١) بدائع الصنائع ، ج ٢ ص ٩٩ . المهذب ، ج ٢ ص ٢٧٧ . المغني ج ٨ ص ١٩٥ .

(٢)بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٧ . المدونة ، ج ١٦ ص ٢٧٠ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٤٠ .
كشاف القناع ، ج ٣ ص ١١٦ . أحكام أهل الذمة لابن القيم ، ج ٢ ص ٤٧٥ .

(٣) ابن عابدين ، ج ٣ ص ٢٦٦ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ١٠٤ .

(٤) سورة التوبة : ٦ .

(٥) ابن عابدين ، ج ٣ ص ٢٦٦ . المدونة ، ج ٦ ص ٢٩١ . المغني ، ج ١٠ ص ٢٧٦ .

فإن شرط فيه إقامة الحدود عليه وجب القطع ، وإلا فلا حد ولا قطع (١) ٠

٢ - القصـــد:

لايقام الحدعلى السارق إلا إذا كان يعلم بتحريم السرقة ، وأنه يأخذ مالا مملوكا لغيره دون علم وإرادة مالكه ، وأن تنصرف نيته إلى تملكه ، وأن يكون مختارا فيما فعل ٠

أ - يجب أن يعلم السارق بتحريم الفعل الذي اقترفه ، فالجهالة بالتحريم شبهة تدرأ الحد ٠ وقد روي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما : لاحد إلا على من علمه (٢) ٠ أما عدم العلم بالعقوبة فلا يعد من الشبهات التي تدرأ الحد (٣) ٠

ب - ينبغي أن يعلم السارق أن مايأخذه مملوك لغيره ، وأنه قد أخذه خفية دون علم مالكه ودون رضاه ٠ وعلى ذلك لايقام الحد على من أخذ مالاً وهو يعتقد أنه مال مباح أو متروك ، ولا يقام الحد على المؤجر الذي يأخذ العين التي أجرها ، ولا على المودع الذي يأخذ الوديعة خفية دون رضاء الوديع (٤) ٠

ج - يجب أن تنصرف نية الآخذ إلى تملك ما أخذه ، ولهذا لايقام حد السرقة على من أخذ مالا مملوكا لغيره دون أن يقصد تملكه ، كأن أخذه ليستعمله ثم يرده ، أو أخـذه

---

(١) مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٧٥ ٠ قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٦ ٠

(٢) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٨٠ ٠ الجامع لأحكام القرآن ، ج ٦ ص ٣٩٩ ٠
قليوبي وعميره ، ج ٤ ص ١٩٦ ٠ كشاف القناع ، ج ٦ ص ١٠٥ ٠

(٣) حاشية البجيرمي على شرح المنهج ، ج ٤ ص ٢٣٤ ٠

(٤) فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٣١ ٠ القوانين الفقهية ، ص ٣٦٠ ٠ المهذب ج ٢ ص ٢٧٧ ٠ المغني ، ج ٩ ص ٨٣ ٠

على سبيل الدعابة ، أو أخذه لمجرد الاطلاع عليه ، أو أخذه معتقدا أن مالكه يرضى بأخذه مادامت القرائن تدل على ذلك . ويضع الفقهاء قرينة تدل على نية التملك ، تتمثل في إخراج المال من الحرز ، بحيث يعتبر سارقا من أخرج الشيىء من حرزه ، لتوافر قصد التملك حيئذ ، حتي لو أتلفه بمجرد اخراجه . أما لو أتلفه داخل الحرز فلا تظهر نية التملك ، ولهذا لايقام عليه الحد (١) .

د- لايقام الحد على السارق إلا إذا كان مختارا فيما أقدم عليه ، فان كان مكرها(٢) انعدم القصد وسقط الحد ، لأن الاكراه شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات ، وقد ورد في الأثر المشهور : {{رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه }}(٣) . وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الاكراه الذي يرفع الاثم ولا يترتب عليه أثر هو مايكون في جانب الأقوال ، وأما الاكراه على الأفعال ففي حكمه تفصيل :

فمن هذه الأفعال مايباح بالإكراه ولا إثم على مرتكبه ، كالأكل في نهار رمضان ، ولبس المخيط في الاحرام .

ومنها ما لايباح بالاكراه فلا يسقط الاثم ولا الحد عن مرتكبه كقتل المسلم بغير حق.

---

(١) شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٣٠ وما بعدها . تبصرة الحكام ، ج ٢ ص ٣٥٣ . المهذب ، ج ٢ ص ٢٧٧ . منتهى الارادات ، ج ٢ ص ٤٨٠ .

(٢) انظر في معنى الاكراه وشروط تحققه وأقسامه وآثاره : الموسوعة الفقهية ، ج ٦ ص ٩٨ -١١٢.

(٣) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ١٧٩ . حاشية الدسوقي ، ج ٤ ص ٣٤٤ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٤٠ . المغني ، ج ٨ ص ٢١٧ . ابن ماجه : ٦٥٩/١ . الحاكم : ١٩٨/٢ .

ومنها ما اختلف في إباحته بالاكراه ، كالزنا والسرقة وشرب الخمر ، فيرى البعض أنها تباح بالاكراه ولا حد على فاعلها ، ويرى آخرون أنها لا تباح بالاكراه ولهذا يقام الحد على من يرتكبها (١) .

٣ - عدم الاضطرار أو الحاجة:

أ - الاضطرار(٢) شبهة تدرأ الحد ، والضرورة تبيح للآدمي أن يتناول من مال الغير بقدر الحاجة ليدفع الهلاك عن نفسه (٣) ، فمن سرق ليرد جوعا أو عطشا مهلكا فلا عقاب عليه، لقوله تعالي :{{ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه }} (٤) وقوله صلى الله عليه وسلم : {{ لاقطع في مجاعة مضطر}} (٥) .

ب - والحاجة أقل من الضرورة ، فهي كل حالة يترتب عليها حرج شديد وضيق بين ، ولذا فانها تصلح شبهة لدرء الحد ، ولكنها لا تمنع الضمان والتعزير .

من أجل ذلك أجمع الفقهاء على أنه لا قطع بالسرقة عام المجاعة (٦) ، وفي ذلك يقول ابن القيم : {{ وهذه شبهة قوية تدرأ الحد عن المحتاج ، وهي أقوى من كثير من الشبه التي يذكرها كثير من الفقهاء ، لا سيما وهو مأذون له في مغالبة صاحب المال

---

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ١٧٩ . أحكام القرآن لابن العربي ، ج ٣ ص ١١٧.
المهذب ، ج ٢ ص ١٧٧ . زاد المعاد ج ٤ ص ٣٨ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، طبعة دار الفكر : ١٩٨٦ ص ٩٤ - ١٠٠ .

(٣) المبسوط ، ج ٩ ص ١٤٠ . المهذب ، ج ٢ ص ٢٨٢ .

(٤) سورة البقرة : ١٧٣ .

(٥) المبسوط ، ج ٩ ص ١٤٠ .والحديث ضعفه السيوطي في الجامع الصغير .

(٦) الفتاوي الهندية ، ج ٢ ص ١٧٦ . قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٦٢ . المغني ج ٩ ص ١٠٤ .

على أخذ مايسد به رمقه . وعام المجاعة يكثر فيه المحاويج والمضوون ، ولا يتميز المستغني منهم والسارق لغير حاجة من غيره ، فاشتبه من يجب عليه الحد بمن لا يجب عليه فدرىء " (١) .

وقد حدد النبي صلى الله عليه وسلم المقدار الذي يكفي حاجة المضطر بقوله : {{ كل ولا تحمل واشرب ولا تحمل }} (٢) ، وذلك في معرض الرد على من سأله : أرأيت ان احتجنا إلى الطعام والشراب ؟ .

٤ - انتفاء الجزئية بين السارق والمسروق منه :

قد يكون السارق أصلا للمسروق منه ، كما قد يكون فرعا له ، وقد تقوم بينهما صلة قرابة أخرى ، وقد تربط بينهما رابطة الزوجية ، وحكم اقامة الحد يختلف في كل من هذه الحالات .

أ - سرقة الاصل من الفرع :

جمهور الفقهاء على أنه لاقطع في سرقة الوالد من مال ولده وإن سفل ، لأن للسارق شبهة حق في مال المسروق منه فدرىء الحد (٣) . وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم ، لمن جاء يشتكي أباه الذي يريد أن يجتاح ماله ، {{ أنت ومالك لأبيك }} ، فاللام هنا للاباحة لا للتمليك . فان مال الولد له وزكاته عليه ،

----

(١) إعلام الموقعين ، ج ٣ ص ٢٣ .

(٢) الحديث أخرجه ابن ماجه : ٧٧٣/٢ من حديث أبي هريرة .

(٣) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٠ . بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٩ . قليوبي وعميره ، ج ٤ ص ١٨٨ . كشاف القناع ، ج ٦ ص ١١٤ .

وهو موروث عنه (١) .

ب - سرقة الفرع من الأصل :

ذهب الحنفية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) . إلى أنه لا قطع في سرقة الولد من مال أبيه وإن علا ، لوجوب نفقة الولد في مال والده ، ولأنه يرث ماله ، وله حق دخول بيته ، وهذه كلها شبهات تدرأ عنه الحد (٥) . أما المالكية فانهم لايرون في علاقة الابن بأبيه شبهة تدرأ عنه حد السرقة ، ولذلك يوجبون إقامة الحد في سرقة الفروع من الأصول (٦) .

ج - سرقة الاقارب بعضهم من بعض:

يرى الحنفية أنه لا قطع على من سرق من ذي رحم محرم ، كالأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة ، فأن دخول بعضهم على بعض دون إذن عادة يعتبر شبهة تسقط الحد ، ولأن قطع أحدهم بسبب سرقته من الآخر يفضي إلى قطع الرحم وهو حرام بناء على قاعدة : ما أفضى إلى الحرام فهو حرام . أما من سرق من ذي رحم غير محرم كابن العم أو بنت العم ، وابن العمة أو بنت العمة ، وابن الخال أو بنت الخال ، وابن الخالة أو بنت الخالة ، فيقام عليه حد السرقة لأنهم لا يدخل بعضهم على بعض عادة ،

----

(١) نيل الأوطار ، ج ٦ ص ١٤ ، ١٥ : من حديث جابر بن عبد الله .

(٢) شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٣٨ . الفتاوي الهندية ، ج ٢ ص ١٨١ .

(٣) مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٦٢ . المهذب ، ج ٢ ص ١٦٦ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٢٣ .

(٤)شرح منتهى الارادات ، ج ٣ ص ٣٧١ . كشاف القناع ، ج ٦ ص ١١٤ .

(٥) المراجع السابقة . وانظر : المغني ، ج ١٠ ص ٢٨٦ .

(٦) الخرشي على خليل ، ج ٨ ص ٩٦ . الدسوقي .، ج ٤ ص ٣٣٧ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٩٨ . المدونة ، ج ٦ ص ٢٧٦ .

فالحرز كامل في حقهم . واختلف الحنفية في سرقة المحارم غير ذوي الرحم بعضهم من بعض كالأم من الرضاعة والأخت من الرضاعة ، فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى إقامة الحد على السارق ، أما أبو يوسف فلا يرى أن يقام الحد على من سرق من مال أمه التي أرضعته ، لأنه يدخل بيتها دون إذن عادة فلم يكتمل الحرز (١) . وقد فصل الكاساني القول في حكم من سرق من امرأة أبيه أو من زوج أمه أو من ابن امرأته أو بنتها أو أمها ، على النحو التالي : إن سرق مالهم من منزل يضاف السارق إليه من أبيه وأمه وابنه وامرأته لا يقطع بلا خلاف ، لأنه مأذون بالدخول في منزل هؤلاء ، فلم يكن المنزل حرزا في حقه . وإن سرق من منزل آخر ، فإن كانا فيه لم يقطع بالاجماع ، وإن كان لكل واحد منهما منزل على حدة ، اختلف فيه : قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يقطع ، وقال أبو يوسف ومحمد : يقطع إذا سرق من غير منزل أبيه أو ابنه . ووجه قولهما : أن المانع هو القرابة ولا قرابة بين السارق والمسروق منه . ووجه قول أبي حنيفة أن حق التزاور ثابت بين السارق وبين قريبه ، وكون المنزل لغير قريبه لا يقطع هذا الحق ، وهذا يورث شبهة اباحة الدخول للزيارة ، فيختل معنى الحرز (٢) .

أما غير الحنفية من المالكية (٣) والشافعية (٤) والحنابلة (٥) فلا يرون في سرقة

----

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٥ . الفتاوي الهندية ، ج ٢ ص ١٨١ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٣٩ .

(٢) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٥

(٣) الزرقاني ، ج ٨ ص ٩٨ .

(٤) قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٨٨ .

(٥) الأحكام السلطانية لأبي يعلى ، ص ٢٦٨ .

الأقارب بعضهم من بعض شبهة تدرأ الحد عن السارق ، ولهذا أوجبوا القطع على من سرق مال أخيه أو أخته أو عمه أو عمته أو خاله أو خالته ، أو ابن أو بنت أحدهم ، أو أمه أو أخته من الرضاعة ، أو امرأة أبيه أو زوج أمه ، أو ابن امرأته أو بنتها أو أمها ، حيث لا يباح الاطلاع على الحرز ، ولا ترد شهادة بعض هؤلاء للبعض الآخر (١) .

د - السرقة بين الأزواج :

اتفق جمهور الفقهاء على عدم إقامة الحد إذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر وكانت السرقة من حرز قد اشتركا في سكناه ، لاختلال شرط الحرز ، وللبساطة بينهما في الأموال عادة ، ولأن بينهما سببا يوجب التوارث بغير حجب (٢) .

أما إذا كانت السرقة من حرز لم يشتركا في سكناه أو اشتركا في سكناه ولكن أحدهما منع من الآخر مالا أو حجبه عنه ، فقد اختلف الفقهاء في حكم السرقة منه :

يرى الحنفية : أنه لاقطع على واحد منهما ، لما بين الزوجين من البساطة في الأموال عادة ودلالة ، وقياسا على الأصول والفروع لأن بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب(٣) .

---

(١) كشاف القناع ، ج ٦ ص ١١٤ . رحمة الأمة ، ص ١٤٤ .

(٢) بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ٧٥ . الشرح الكبير للدردير ، ج ٤ ص ٣٤٠ .
قليوبي وعميرة و ج ٤ ص ١٨٨ . شرح منتهى الارادات ، ج ٣ ص ٣٧١ .

(٣) بدائع الصنائع ، ج٧ ، ص ٧٥ . شرح فتح القدير ، ج٤ ص ٢٣٩، ٢٤٠ .
الفتاوي الهندية ، ج ٢ ص ١٨١ .

أما المالكية فانهم يوجبون الحد على السارق في هذه المسألة ، لعموم آية السرقة ، ولأن الحرز هنا تام ، وربما لا يبسط أحدهما للآخر في ماله ، فاشبه سرقة الأجنبي (١).

وللشافعية في حكم السرقة هنا ثلاثة آراء : أرجحها : وجوب قطع أحد الزوجين إذا سرق من مال الآخر ما هو محرز عنه ، لعموم نص آية السرقة (٢). والثاني : لاقطع على أحدهما بسرقة مال الآخر لما بينهما من خلطة (٣) . والثالث : وجوب قطع الزوج إذا سرق من مال زوجته ما هو محرز عنه . ولا تقطع الزوجة إذا سرقت من مال زوجها ولو كان محرزا عنها لأن الزوجة تستحق النفقة على زوجها ، فصار لها شبهة تدرأ عنها الحد ، بخلاف الزوج فلا تقوم له شبهة تدرأ عنه الحد إذا سرق من مالها المحرز عنه (٤).

وعند الحنابلة روايتان : إحداهما : عدم إقامة الحد على أي منهما ، لأن كلا منهما يرث صاحبه بغير حجب ويبسط في ماله فأشبه الولد مع الوالد ، وكما لو منعها نفقتها (٥). والرواية الأخرى : على كل واحد منهما القطع إذا سرق من مال الأخر المحرز عنه ، لعدم قيام شبهة تدرأ الحد (٦) .

---

(١) المدونة الكبرى ، ج ١٦ ص ٧٦ /٧٧ . شرح الزرقاني . ج ٨ ص ١٠٠ . بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٣٧٧.

(٢) قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٨٨ . مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٦٢ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٢٤ . مختصر المزني بهامش الأم ، ج ٥ ص ١٧٢ .

(٣) المراجع السابقة . المهذب ، ج ٢ ص ٢٨١ .

(٤) المهذب ، ج ٢ ص ٢٨١ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٢٤ .

(٥) شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ص ٣٧١ .

(٦) المغني ، ج ١٠ ص ٢٨٧ .

هذا هو حكم السرقة بين الأزواج مادامت الزوجية قائمة ، فلو وقع الطلاق وانقضت العدة صارا أجنبيين ووجب قطع السارق . أما السرقة أثناء العدة من الطلاق الرجعي فتأخذ حكم السرقة بين الأزواج ، لبقاء الزوجية إلى أن تنتهي العدة. فإن وقعت السرقة أثناء العدة من الطلاق البائن أقيم الحد ، على رأي جمهور الفقهاء ، لانتهاء الزوجية . ولكن أبا حنيفة يذهب إلى عدم إقامة الحد على أي منهما بسرقة مال الآخر، لبقاء الحبس في العدة ووجوب السكني ، فبقى أثر النكاح ، فأورث شبهة تدرأ الحد(١).

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن قيام الزوجية بعد السرقة لا أثر له بالنسبة للحد ، لأن السرقة تمت بين أجنبيين . ولا يخالف في ذلك إلا الحنفية ، فعندهم : لو سرق من أجنبية ثم تزوجها قبل أن يحكم عليه بالقطع لم يقم عليه الحد ، لأن الزواج مانع طرأ على الحد ، والمانع الطارىء له حكم المانع المقارن . وكذلك الحكم إذا سرق من مالها ثم تزوجها بعد القضاء بالحد وقبل تنفيذه ، لأن الامضاء في الحدود من تمام القضاء ، فكانت الشبهة مانعة من الامضاء . ولكن أبا يوسف يرى عدم سقوط الحد بالزوجية الطارئة ، لأن المانع من إقامة الحد في حالة الزوجية هو شبهة عدم الحرز ، فإذا اعتبرت الزوجية الطارئة شبهة مانعة من القطع لكان معنى ذلك : اعتبار شبهة الشبهة وهي ساقطة الاعتبار في الحدود (٢) .

٥ - انتفاء شبهة استحقاقه المال:

إذا كان للسارق شبهة ملك أو استحقاق في المال المسروق ، فلا يقام عليه الحد ،

----

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٦ .

(٢) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٦ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٤٠ . الفتاوي الهندية ، ج ٢ ص ١٨٢ .

كما لو كان شريكا في المال المسروق ، أو سرق من بيت المال ، أو من مال موقوف عليه وعلى غيره أو سرق من مال مدينه ، أو ماشابه ذلك .

أ - سرقة الشريك من مال الشركة :

اختلف الفقهاء في حكم سرقة الشريك من المال المشترك :

فذهب الحنفية إلى عدم إقامة الحد ، لأن للسارق حقا في هذا المال ، فكان هذا الحق شبهة تدرأ عنه الحد (١) .

وذهب المالكية إلى إيجاب القطع إن تحقق شرطان ، أحدهما : أن يكون المال في غير الحرز المشترك ، كأن يكون الشريكان قد أودعاه عند غيرهما ، فإن لم يكن المال محجوبا عنهما وسرق أحدهما منه فلا يجوز القطع . والشرط الآخر : أن يكون فيما سرق من حصة صاحبه فضل عن جميع حصته ربع دينار فصاعداً (٢) .

وللشافعية في سرقة الشريك من مال الشركة رأيان ، الأول : منع القطع لأن للشريك في كل جزء من المال حقا ، فتقوم شبهة كافية لدرء الحد ، وهذا الرأي هو الراجح في المذهب . والرأي الآخر : ايجاب القطع ، لأنه لا حق للشريك في نصيب شريكه فإذا سرق نصف دينار من المال المشترك بينهما بالسوية كان سارقا لنصاب من مال شريكه فيقطع به (٣) .

---

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٦ . تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج ٣ ص ١٨ .

(٢) المدونة ، ج ٤ ص ٤١٨ .

(٣) قليوبي وعميرة ، ج ٤ ، ص ١٨٨ .

والحنابلة مثل الحنفية ، لا يقيمون الحد على من سرق من المال المشترك بينه وبين غيره ، وان قل نصيبه ، لأن حقه في هذا المال يورث شبهة تدرأ عنه الحد(١) .

ب - السرقة من بيت المال:

ذهب الحنفية إلى عدم إقامة الحد على من سرق من بيت المال ، إذا كان السارق مسلما ، غنيا كان أو فقيرا ، لأن لكل مسلم حقا في بيت المال ، فيكون هذا الحق شبهة تدرأ الحد عنه ، كما لو سرق من مال له فيه شركة ، وقد روي أن عبد الله بن مسعود كتب إلى عمر بن الخطاب يسأله عمن سرق من بيت المال ، فقال : أرسله ، فما من أحد إلا وله في هذا المال حق (٢) .

وعلى العكس من ذلك ، يوجب المالكية إقامة الحد على السارق من بيت المال لعموم نص الآية ، وضعف الشبهة ، لأنه سرق مالا من حرز لا شبهة له فيه في عينه ، ولا حق له فيه قبل حاجته إليه (٣) .

وفرق الشافعية بالنسبة للسرقة من بيت المال بين أنواع ثلاثة (٤) :

١ - أن كان المال محرزا لطائفة هو منها أو أحد أصوله أو فروعه منها ، فلا قطع لوجود الشبهة ، حتى ولو لم يكن لهم سهم مقرر .

---

(١) كشاف القناع ، ج ٦ ص ١٤٢ . شرح منتهى الارادات ، ج ٢ ص ٤٨٦ .

(٢) ابن عابدين ، ج ٣ ص ٢٠٨ . المبسوط ، ج ٩ ص ١٨٨ . شرح فتح القدير، ج ٥ ص ٣٧٦ .

(٣) بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤١٣ . حاشية الدسوقي ، ج ٤ ص ٣٣٧ . شرح الخرشي ، ج ٨ ص٩٦ . المدونة ، ج ٦ ص ٢٩٥.

(٤) قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٨٨ . مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٦٣ . المهذب ج ٢ ص ٢٨١ .

٢ - وان كان المال محرزا لطائفة ليس هو ولا أحد أصوله أو فروعه منها . وجب قطعه لعدم الشبهة الدارئة للحد .

٣ - وان كان المال غير محرز لطائفة بعينها ، فالأصح : أنه ان كان له حق في المسروق كمال مصالح ومال الصدقة وهو فقير أو في حكمه كالغارم والغازي والمؤلفة قلوبهم ، فلا قطع للشبهة ، وان لم يكن له فيه حق قطع لانتفاء الشبهة . ومقابل الأصح : انه يقطع مطلقا ، كما لو سرق من أي مال آخر .

أما الحنابلة : فلا قطع عندهم على من سرق من بيت المال ، إذا كان مسلما ، لأن حقه في بيت المال يورث شبهة تدرأ عنه الحد ، كما لو سرق من مال له فيه شركة (١) .

ج - السرقة من المال الموقوف:

اختلف الفقهاء في حكم سرقة المال الموقوف فذهب الحنفية إلى عدم إقامة الحد على من سرق من المال الموقوف . لأنه ان كان وقفا عاما فإنه يأخذ حكم بيت المال ، وإن كان وقفا خاصا على قوم محصورين فلعدم المالك حقيقة ، سواء كان السارق منهم أولا . وصرح بعضهم بأن السارق إذا لم يكن داخلا فيمن أوقف المال عليهم فانه يقطع بطلب متولي الموقف ، ووجهه : أن الوقف يبقى على ملك الواقف حقيقة (٢) .

وعند المالكية يقام الحد على من سرق من المال الموقوف ، سواء كان الوقف عاما أو

----

(١) كشاف القناع ، ج ٦ ص ١٤٢ . شرح منتهى الارادات ، ج ٣ ص ٣٧١ . القواعد الكبرى لابن رجب ، ص ٣١٢ . المغني والشرح الكبير ، ج١٠ ص ٢٨٧ .
(٢) ابن عابدين ، ج ٣ ص ٢٠٦ .

خاصا ، وسواء كان السارق ممن أوقف المال عليه أم كان من غيرهم ، لأن تحريم بيع مال الوقف يقوي جانب الملك فيه (١) .

أما الشافعية فقد فرقوا بين الوقف العام ، ولا يقطع سارقه ، وبين الوقف الخاص ، فلا يقطع سارقه إن كان واحدا من أهله .وإن كان من غير أهله فعندهم آراء ثلاثة (٢).

١ - ظاهر المذهب : أنه يقطع ، لأن تحريم بيعه يقوي جانب الملك فيه .

٢ - لا يقطع السارق من هذا المال ، لأنه لا مالك له .

٣ - إن قيل : إن الموقوف مملوك الرقبة ، قطع سارقه ، وإن قيل : إنها لا تملك فلا قطع ، لأن مالا يملك في حكم المباح ، وإن لم يستبح .

ويذهب الحنابلة إلى عدم إقامة الحد على من يسرق من الوقف العام ، أو من يسرق من الوقف الخاص إذا كان واحدا من أهله ، لوجود شبهة تدرأ الحد عنه . أما من يسرق من مال الوقف الخاص ، ولم يكن من أهله ، ففي حكمه روايتان :

١ - أشهرهما : إقامة الحد عليه لبقاء الوقف على ملك الواقف .

٢ - والأخرى : لا يقام عليه الحد ، لأن الوقف على قوم محصورين ليس له مالك حقيقة (٣) .

---

(١) المنتقى بشرح الموطأ ، ج ٧ ص ١٦٣ .

(٢) مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٦٣ ، ١٦٤ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٤٧ .

(٣) الروض المربع ، ج ٣ ص ٣٢٨ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٨٨ .

د - السرقة من مال المدين:

إذا سرق الدائن من مال مدينه ففي وجوب إقامة الحد عليه خلاف بين الفقهاء : يميز الحنفية بين حالتين :أن يكون المسروق من جنس الدين:أو أن يكون من غير جنسه.

١ - فإن كان المسروق من جنس الدين ، فلا يقام الحد على السارق ، لأن للدائن أن يأخذ جنس دينه من مال المدين ، سواء كان الدين حالا أو مؤجلا ، وسواء كان المدين بالدين باذلا له ، أو كان جاحدا له مماطلا فيه (١) . وخالف في ذلك محمد بن الحسن ، إذ أطلق القطع بسرقة مال الغريم ، لأن السارق يأخذ مالا لا يملكه ، والغريم وغيره في ذلك سواء (٢) .

٢ - وإن لم يكن المسروق من جنس الدين ، بأن كان الدين دنانير فسرق عروضا ، وجب إقامة الحد ، لضرورة التراضي في المعاوضات ، ولاختلاف القيم باختلاف الأغراض. إلا إذا ادعى السارق أنه أخذه رهنا بحقه ، فلا يقطع ، لوجود شبهة تدرأ عنه الحد ، حيث أنه اعتبر المعنى - وهي المالية لا الصورة - والأموال كلها في معنى المالية متجانسة ، فكان أخذا عن تأويل فلا يقطع (٣) .

ويفرق المالكية بين حالتيـن :

١ - أن يكون المدين مقرا بالدين غير ممتنع من أدائه متى حل أجله ، وفي هذه الحالة يقام الحد على الدائن إذا سرق مقدار دينه أو أكثر لعدم وجود شبهة ، إذ أنه

----

(١) البدائع ، ج ٧ ص ٧٢ . شرح فتح القدير ، ج ٥ ص ٣٧٧ .

(٢) الأصل ، ١٠٦ .

(٣) ابن عابدين ، ج ٤ ص ٩٤ ، ٩٥ . بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٢ .

يستطيع الحصول على حقه من غير أن يسرق .

٢ - أن يكون المدين جاحدا للدين أو مماطلا فيه : فلا قطع على الدائن إن سرق قدر دينه ، سواء كان من جنسه أم لا . فإن أخذ أكثر من دينه بما يبلغ نصابا ، قطع (١) ، لتعديه بأخذ ما ليس من حقه .

ويذهب الشافعية إلى التفرقة بين حالتين :

١ - . إقامة الحد على السارق إذا كان المدين مليئا غير جاحد للدين ، أو كان الدين مؤجلا ولم يحل أجله ، إذ لا شبهة له حينئذ .

٢ - عدم إقامة الحد على الدائن إذا كان المدين جاحدا أو مماطلا والدين حال ، سواء أخذ الدائن مقدار دينه أو أكثر ، لأنه إن أخذ مقدار دينه فهو مأذون في استيفاء حقه ، وإن أخذ أكثر لا يقطع ، لأن المال لم يبق محرزا عنه مادام قد أبيح له الدخول لاستيفاء حقه (٢) .

ويفرق الحنابلة بين ثلاث حالات :

١ - إن كان المدين باذلا غير ممتنع عن أداء ماعليه ، ثم ترك الدائن مطالبته ، وعمد إلى سرقة حقه ، وجب قطعه إن بلغت قيمة المسروق نصابا ، إذ لا شبهة له في الأخذ مادام الوصول إلى حقه ميسورا .

---

(١) حاشية الدسوقي ، ج ٤ ص ٣٣٧ . الزرقاني ، ج ٢ ص ٩٨ . منح الجليل ج ٤ ص ٥٢٦ .

(٢) مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٦٢ . المهذب ، ج ٢ ص ٢٨٢ .

٢ - وإن عجز الدائن عن استيفاء حقه فسرق قدر دينه فلا يقام عليه الحد ، لأن اختلاف الفقهاء في إباحة أخذه حقه يورث شبهة تدرأ عنه الحد ، كالوطء في نكاح مختلف في صحته .

٣ - وإن عجز رب الدين عن استيفاء حقه فأخذ من مال مدينه أكثر من حقه ، وبلغت الزيادة نصابا : فإن أخذ الزائد من نفس المكان الذي فيه ماله فلا قطع ، لأن هتك الحرز لأخذ ماله جعل المكان غير محرز بالنسبة لكل ما فيه . وإن أخذ الزائد من غير الحرز الذي فيه ماله وجب القطع لعدم الشبهة (١) .

الركن الثاني - المسروق منه :

الركن الثاني من أركان السرقة وجود مسروق منه ، لأن المسروق إذا لم يكن مملوكا ، بأن كان مباحا أو متروكا ، فلا يعاقب من أخذه . ولكن الفقهاء يشترطون في المسروق منه ، لكي تكتمل السرقة : أن يكون معلوما ، وأن تكون يده صحيحة على المال المسروق ، وأن يكون معصوم المال .

١ - أن يكون المسروق منه معلوما:

ذهب الحنفية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) إلى درء الحد عن السارق إذا كان المسروق منه مجهولا ، بأن ثبتت السرقة ولم يعرف من هو صاحب المال المسروق ، لأن إقامة الحد تتوقف على دعوى المالك أو من في حكمه ، ولا تتحقق الدعوى

---

(١) شرح منتهى الارادات ، ج ٣ ص ٣٧١ . كشاف القناع ، ج ٦ ص ١٤٣ .

(٢)البحر الرائق ، ج ٥ ص ٦٨ . بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٨١ .

(٣) الأم ، ج ٦ ص ١٤١ . حاشية البيجرمي على شرح المنهج ، ج ٤ ص ٢٣٦ .

(٤) شرح منتهى الارادات ، ج ٣ ص ٣٧٢ . كشاف القناع ، ج ٦ ص ١١٨ .

مع الجهالة . غير أن هذا لا يمنع من حبس السارق حتى يحضر من له حق الخصومة ويدّعي ملكية المال (١) .

وذهب المالكية إلى إقامة الحد على السارق متى ثبتت السرقة ، دون تفرقة بين ما إذا كان المسروق منه معلوما أو مجهولا ، لأن إقامة الحد عندهم لا تتوقف على خصومة المسروق منه (٢) .

٢ - أن يكون للمسروق منه يد صحيحة على المسروق:

بأن يكون مالكا له أو وكيل المالك أو مضاربا أو مودعا أو مستعيرا أو دائنا مرتهنا أو مستأجرا أو عامل قراض أو قابضا على سوم الشراء ، لأن هؤلاء ينوبون مناب المالك في حفظ المال وإحرازه ، وأيديهم كيده (٣) .

فأما إن كانت يد المسروق منه غير صحيحة على المال المسروق ، كما لو سرق من غاصب أو سارق ، فقد اختلف الفقهاء في حكمه :

فذهب الحنفية إلى إقامة الحد على السارق من الغاصب ، لأن يده يد ضمان ، فهي يد صحيحة . وعدم إقامة الحد على السارق من السارق لأن يده ليست يد ملك ولا يد أمانة ولا يد ضمان ، فلا تكون يدا صحيحة (٤) .

----

(١) الأم ، ج ٦ ص ١٤١ . البدائع ، ج ٧ ص ٨١ . الزيلعي ، ج ٣ ص ٢٢٧ .

(٢) المدونة الكبرى ، ج ١٦ ص ٦٨ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ١٠٦ .

(٣) المغني ، ج ٩ ص ١٨٨ : " ... لا نعلم في ذلك مخالفا " .

(٤) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧١ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٤٢ .

ويرى المالكية إقامة الحد على السارق من الغاصب أو السارق من السارق ، لأنه سرق مالا محرزا لا شبهة له فيه ، ذلك أن يد المالك لهذا المال لا تزال باقية عليه رغم سرقته أو غصبه ، أما يد السارق الأول ويد الغاصب فليس لهما أي أثر (١) .

والراجح عند الشافعية : أنه لا يقام الحد على السارق من السارق أو من الغاصب ، لأن السارق يكون قد سرق من حرز لم يرضه المالك ، ولانتفاء اليد الصحيحة على المال المسروق . والرأي الآخر : يوجب إقامة الحد في الحالين لأن السارق قد أخذ خفية نصابا من حرز مثله لا شبهة له فيه (٢) .

أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى عدم إقامة الحد على السارق من الغاصب ولا على السارق من السارق ، لأنهم يشترطون لتمام السرقة أن يكون المال المسروق بيد المالك أو نائبه ، ومن يأخذه من يد أخرى فكأنه وجد مالا ضائعا فأخذه (٣) .

٣ - أن يكون المسروق منه معصوم المال (٤):

بأن يكون مسلما أو ذميا ، فأما إذا كان مستأمنا أو حربيا فلا يقطع سارقه ، وذلك على التفصيل الآتي:

----

(١) بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤١٥ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٩٦ . المدونة ج ٦ ص ٦٩.

(٢) المهذب ، ج ٢ ص ٢٩٩ . أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٣٨ .

(٣) كشاف القناع ، ج ٦ ص ١٤٠ . المغني ج ١٠ ص ٢٥٧ .

(٤) البدائع ، ج ٧ ص ٦٩ . المبسوط ، ج ٦ ص ١٨١ . المدونة ، ج ٦ ، ص ٢٧٠ . المهذب ، ج ٢ ص ٢٥٦ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٨٦ .

١) سرقة مال المسلم : اتفق الفقهاء على أن مال المسلم معصوم ، لقوله صلى الله عليه وسلم {{ لا يحل لامرىء من مال أخيه شيء ، إلا ما أعطاه عن طيب خاطر }} (١) . ولهذا وجب إقامة الحد على سارق مال المسلم سواء أكان مسلما أم ذميا ، وأما إذا كان السارق مستأمنا ففي إقامة الحد عليه آراء سبق عرضها (٢) .

٢) سرقة مال الذمي : اتفق الفقهاء على إقامة الحد على الذمي الذي يسرق مال ذمي آخر ، لأن ماله معصوم إزاءه . ويرى جمهور الفقهاء إقامة الحد كذلك على المسلم إذا سرق من مال الذمي لقوله صلى الله عليه : {{ لهم مالنا وعليهم ما علينا }}(٣) أما إذا كان السارق مستأمنا ففي إقامة الحد عليه آراء سبق عرضها (٤) .

٣) سرقة مال المستأمن : ذهب الحنفية - عدا زفر - والشافعية إلى عدم إقامة الحد على المسلم إذا سرق من مال المستأمن ، لأن في ماله شبهة الاباحة باعتبار أنه من دار الحرب ، وإنما ثبتت العصمة بعارض أمان على شرف الزوال . وذهب زفر والمالكية والحنابلة : إلى أن مال المستأمن معصوم ، فإذا سرق منه مسلم أو ذمي أقيم عليه الحد .

٤) سرقة مال الحربى : اتفق الفقهاء على أن مال الحربى هدر بالنسبة إلى المسلم والذمي ، ولهذا لا يقام الحد على أي منهما إذا سرق من هذا المال .

---

(١) الحديث أخرجه أحمد عن أنس بلفظ : :" لايحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه " :٤٢٣/٣ .

(٢) أنظر : ص ١٠، ١١ من هذا البحث .

(٣) الحديث أخرجه ابن زنجويه مرسلا عن عروة بن الزبير في كتاب الأموال : ١٢٨٨ .

(٤)أنظر فيما سبق : ص ١٠ ، ١١ .

الركن الثالث - المال المسروق :

لا يقام حد السرقة إلا أن يكون المال المسروق متقوما ، وأن يبلغ نصابا ، وأن يكون محرزا .

١ - أن يكون مالا متقوما:

للفقهاء في تحديد معنى ومدى مالية الشيء المسروق آراء متباينة يمكن إيجازها فيما يلي :

أ - الحنفية :

يشترط الحنفية ، لاقامة حد السرقة ، أن يكون المسروق مالا ، متقوما ، متمولا ، غير مباح الأصل .

١) أن يكون المسروق مالا : فلو سرق ما ليس بمال ، كالانسان الحر ، فلا يقام عليه حد السرقة ، سواء كان المسروق صغيرا أو كبيرا ، حتى لو كان يرتدي ثيابا غالية الثمن أو يحمل حلية تساوي نصابا ، لأن ذلك تابع للصبي ولا ينفرد بحكم خاص . وخالف في هذا الحكم أبو يوسف : فإنه يرى إقامة الحد على سارق الصبي إذا كان عليه حلي أو ثياب تبلغ نصابا ، لأنه يقطع بسرقة النصاب منفردا ، فكذا إذا كان مع غيره (١) .

٢)أن يكون المسروق متقوما ، أي له قيمة يضمنها من يتلفه : فلو سرق ما لا قيمة له في نظر الشرع ،كالكلب والخنزير والخمر والميته وآلات اللهو والكتب المحرمة والصليب والصنم ، فلا قطع عليه . وخالف في بعض ذلك أبو يوسف فإنه يـرى

----

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٧ . البحر الرائق ، ج ٥ ص ٥٨/٥٩ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٣٠ . الفتاوي الهندية ، ج ٢ ص ١٧٧ / ١٧٨ .

إقامة الحد على من سرق صليبا تبلغ قيمته نصابا ، إذا كان في حرزه ، كما يرى إقامة الحد على من سرق آنية فيها خمر ، إذا بلغت قيمة الاناء وحده نصابا (١) .

٣) أن يكون المسروق متمولا ، بأن يكون غير تافه ويمكن ادخاره : فأما إن كان تافها لا يتموله الناس لعدم عزته وقلة خطره ، كالتراب والطين والتبن والقصب والحطب ونحوها ، فلا قطع فيها لأن الناس لا يضنون بها عادة ، إلا إذا أخرجتها الصناعة عن تفاهتها ، كالقصب يصنع منه النشاب ، ففي سرقته القطع (٢) .

وخالف في ذلك أبو يوسف ، فإنه يرى إقامة الحد على من سرق مالا محرزا تبلغ قيمته نصابا ، سواء أكان تافها أم عزيزا ، إلا الماء والتراب والطين والحصى والمعازف لأن كل ما جاز بيعه وشراؤه ووجب ضمان غصبه يقطع سارقه (٣) .

ولا يقام الحد كذلك إن كان المسروق مما لا يمكن ادخاره ، بأن كان مما يتسارع إليه الفساد ، كالفواكه الرطبة واللبن والبطيخ والكثر والسمك والخبز والرياحين ونحوها ، لأنها لا تبقى إلى سنة ، بل يعرض لها الهلاك ، ولهذا يتسامح الناس في أخذها عادة (٤) . وخالف في ذلك أبو يوسف ، فأوجب إقامة الحد على من يسرق شيئا

---

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٨/٦٩ . الفتاوي الهندية ، ج ٢ ص ١٧٦/١٧٧. شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٣٠ - ٢٣٢ . المبسوط ، ج ٩ ص ١٥٤.

(٢) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٧ / ٦٨ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٣٢ .

(٣) شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٢٧ .

(٤) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٩ . الفتاوي الهندية ، ج ٢ ص ١٧٥/١٧٦ . حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٧٣ . المبسوط ، ج ٩ ص ١٥٢ /١٥٣ .

من ذلك ، قياسا لما يتسارع إليه الفساد على مالا يتسارع إليه بجامع أن كلا منهما يتمول عادة ويرغب فيه (١) .

وتفريعا على ما تقدم فإن الحنفية لا يوجبون الحد في سرقة الثمار المعلقة في أشجارها ، وإن كانت هذه الأشجار محاطة بما يحفظها من أيدي الغير ، لأن الثمر ما دام في شجره يتسارع إليه الفساد . أما إذا قطع الثمر ووضع في جرين ، ثم سرق منه ، فإن كان قد استحكم جفافه ففيه القطع ، لأنه صار مدخرا ولا يتسارع إليه الفساد ، وإن لم يكن قد استحكم جفافه فلا حد على من سرقه ، لأنه لا يقبل الادخار حيث يتسارع إليه الفساد (٢) .

ولا يجب إقامة الحد على من يسرق المصحف ، ولو كان عليه حلية تبلغ النصاب ولا على من يسرق كتب التفسير والحديث والفقه ونحوها من العلوم النافعة ، لأن آخذها يتأول في أخذه القراءة والتعلم . وذهب أبو يوسف إلى قطع سارق المصحف أو أي كتاب نافع ، إذا بلغت قيمته نصابا ، لأن الناس يعدونه من نفائس الأموال (٣) .

٤)أن يكون المسروق غير مباح الأصل ، بألا يكون جنسه مباحا : فلا يقام الحد على سارق الماء أو الكلا أو النار أو الصيد ، بريا كان أو بحريا ، ولـو دخلت

----

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٩ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٢٧ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٢٨/٢٢٧.

(٣) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٨ . ابن عابدين ، ج ٣ ص ٢٧٥ . شرح فتح القدير ج٤ص٢٢٩. الفتاوي الهندية ، ج ٤ ص ١٧٧ . المبسوط ج ٩ ص ١٥٢.

في ملك مالك وأحرزها ، لأنها إما شركة بين الناس وإما تافهة أو على وشك الانفلات . وخالفهم أبويوسف فأوجب الحد في كل ذلك (١) على أنه إذا كان مباح الأصل ذا قيمة تدعو من أحرزها إلى الحفاظ عليها والتعلق بها ، فإن الحد يقام على سارقها متى بلغت نصابا ، وذلك مثل : الذهب والفضة والأبنوس والصندل والزبرجد واللؤلؤ والياقوت ونحوها (٢) .

ب - المالكية :

يشترط المالكية لإقامة الحد أن يكون المسروق مالا محترما شرعا .

ورغم اشتراطهم المالية ، فقد أوجبوا القطع على من سرق حرا صغيرا غير مميز ، إذا أخذه من حرز ، بأن كان في بيت مغلق مثلا ، سواء أكانت ثيابه رثة أم جديدة ، وسواء أكانت عليه حلية أم لا ، وذلك لأن البني صلى الله عليه وسلم أتى برجل يسرق الصبيان ، ثم يخرج فيبيعهم في أرض أخري ، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت يده (٣) .

ولاشتراطهم في المال المسروق أن يكون محترما شرعا ، لا يقيمون الحد على من يسرق الخمر أو الخنزير ، ولو كانا لغير مسلم ، ولا على من يسرق الكلب ، ولو معلما أو كلب حراسة ، لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمنه . ولا على من

---

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٨ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٣٣ .

(٢) ابن عابدين ، ج ٣ ص ٢٧٣ . بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٨ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٣٢ . الفتاوي الهندية ، ج ٢ ص ١٧٥ .

(٣) سنن الدراقطني ، ج ٢ ص ٣٧٣ والبيهقي ، ج ٨ ص ٢٦٨ . وأنظر : تبصرة الحكام ، ج ٢ ص ٣٥٢ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٩٤ ، ١٠٣ . المدونة ، ج ٦ ص ٢٨٦ .

يسرق آلات اللهو كالدف والطبل والمزمار ، أو أدوات القمار كالنرد والشطرنج ، أو ما يحرم اقتناؤه كالصليب والصنم ونحوها . ولكن لو كسرها داخل الحرز ، ثم أخرج من مكسرها ما قيمته نصاب ، أقيم عليه الحد لسرقته نصابا محرزا .

ولو سرق آنية فيها خمر ، وكانت قيمة الآنية بدون الخمر تبلغ النصاب ، أقيم عليه الحد . ولكنه لو سرق كتبا غير محترمة شرعا ، ككتب السحر والزندقة ، فلا حد عليه ، إلا إذا كانت قيمة الورق والجلد تبلغ نصابا .

وفيما عدا ذلك فإن الحد يقام على من سرق مالا محترما شرعا ، سواء أكان تافها أم ثمينا ، يمكن إدخاره أو لا ، مباح الأصل أو غير مباح . كما يقام الحد على من سرق المصحف أو الكتب النافعة ، ما دامت قيمتها تبلغ النصاب (١) .

ولا يرى المالكية إقامة الحد على من يسرق من الثمر المعلق في شجره ، أو من الزرع قبل حصده ، فإذا قطع الثمر وحصد الزرع فلا يقام الحد على من سرق نصابا منه إلا إذا وضع في الجرين - على رأي - أو كدس أكواما بحيث يصير كالشيء الواحد ، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : {{ لا قطع في ثمر ولا كثر ، فإذا آواه الجرين قطع }} (٢) . وإذا كانت الثمار معلقة في أشجارها ، والزرع لم يحصد ،

---

(١) المدونة الكبرى ، ج ١٦ ص ٧٨/٧٧ . الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص ٣٣٦ . الخرشي على خليل ، ج ٨ ص ٩٦ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٩٧ .

(٢) نيل الأوطار ، ج ٢ ص ١٤٣ .رواه الخمسة عن رافع بن خديج ، وكذلك : الحاكم والبيهقي . وأنظر : شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ١٠٥ .

ولكنه في بستان عليه حائط وله غلق ، أقيم الحد على من يسرق منه نصابا - في رأى - ولا يقام عليه الحد في رأي آخر . أما إذا كانت الأشجار المثمرة داخل الدار ، فلا خلاف عندهم في قطع من يسرق منها ماقيمته نصاب ، لتمام الحرز (١).

ج - الشافعيـــة :

يشترط الشافعية ، لاقامة حد السرقة ، أن يكون المسروق مالا محترما شرعا . وعلى ذلك فإنهم لايقيمون الحد على من يسرق الحر ، صغيرا كان أو كبيرا ، لأنه ليس بمال (٢) . فأما إن سرق صغيرا لا يميز أو مجنونا أو أعجميا أو أعمى ، وعليه ثياب أو حلية أو معه مال يليق بمثله ، فلا يقام عليه الحد - في رأي - لأن للحر يدا على ما معه فصار كمن سرق جملا وصاحبه راكبه ، والرأي الآخر في المذهب يرى إقامة الحد عليه إن بلغ ما معه نصابا ، لأنه سرقه لأجل ما معه . فإن كان ما معه من مال أو ما عليه من ثياب أو حلية فوق ما يليق به ، وأخذ السارق منه نصابا من حرز مثله، أقيم عليه الحد بلا خلاف (٣) .

ولاشتراطهم أن يكون المال المسروق محترما شرعا ، لا يقيمون الحد على من يسرق الخمر أو الخنزير أو الكلب أو جلد الميتة قبل دبغه . فأما إذا سرق آلات اللهو أو أدوات القمار أو آنية الذهب والفضة أو الصنم أو الصليب أو الكتب غير

----

(١) بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٣٧٦ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ١٠٥ .

(٢) قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٥ .

(٣) مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٧٣ .

المحترمة شرعا ، فلا يقام عليه الحد إلا إذا بلغت قيمة ما سرقه نصابا بعد كسره أو إفساده (١).

ويقام الحد عند الشافعية على من يسرق المصحف أو الكتب المباحة ، إذا بلغت قيمة المسروق نصابا (٢) . ويقام الحد أيضا إذا سرق مالا قطع فيه وكان متصلا بما فيه القطع ، كإناء فيه خمر أو آلة لهو عليها حلية ، مادامت قيمة ما فيه القطع تبلغ النصاب (٣) .

ولا حد عند الشافعية في سرقة الثمر المعلق في شجره ، فإذا آواه الجرين أقيم الحد على من يسرق منه نصابا .

وإقامة الحد على من يسرق نصابا محرزا من مال محترم شرعا ، لا يتوقف على صفة المال ، فلا فرق عندهم بين التافه وغيره ، ولا بين مايمكن ادخاره أولا، ولا بين مباح الأصل أو غير مباحه (٤) .

د - الحنابلة :

يشترط الحنابلة ، لإقامة حد السرقة ، أن يكون المسروق مالا محترما شرعا .

---

(١) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٣٩ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٢١ .

(٢) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٤١ .

(٣) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٣٩ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٢١ .

(٤) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٤١ . مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٧٣ . المهذب ، ج ٢ ص ٢٧٨ نهاية المحتاج ، ج٧ ص ٤٢١ .

وعلى ذلك : فلا يقام الحد على سارق الحر ، صغيرا كان أو كبيرا ، لأنه ليس بمال . فإن كان معه مال أو عليه ثياب أو حلية تبلغ النصاب ، فعندهم روايتان : إيجاب الحد على السارق لأنه قصد المال ، والأخرى عدم إقامة الحد عليه ، لأن مامعه تابع لما لا قطع فيه (١) .

ولا يقام الحد عندهم على من يسرق شيئا محرما ، كالخمر والخنزير والميتة ، سواء أكان مسلما أم ذميا ، ولا على من يسرق آلات اللهو أو أدوات القمار وإن بلغت بعد إتلافها نصابا ، لانها تعين على المعصية فكان له الحق في أخذها وكسرها ، وفي ذلك شبهة تدرأ الحد ، أما إذا كان عليها حلية تبلغ نصابا ففي إقامة الحد بسرقتها روايتان . وإذا سرق صليبا من ذهب أو فضة ، فلا يقام الحد عليه في رواية ، وفي الرواية الأخرى يقام الحد إن بلغت قيمته نصابا بعد كسره . ومن يسرق آنية الذهب أو الفضة يقام عليه الحد إن بلغت قيمتها نصابا بعد كسرها . وإذا اتصل مالا قطع فيه بما فيه القطع ، كإناء تبلغ قيمته النصاب وفيه خمر ، ففي المذهب روايتان ، الأولى : لا قطع لتبعيته ، والأخرى : وجوب إقامة الحد (٢) .

وبعض الحنابلة يوجبون إقامة الحد في سرقة المصحف ، لأنه مال متقوم . والبعض الآخر لايقطعون بسرقته ، لأن المقصود منه ما فيه من كلام الله تعالى ،

----

(١) شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ص ٣٦٤ . المغني ، ج ١٠ ص ٢٤٥ .كشاف القناع ، ج ٦ ص ١٣٠ .

(٢) شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ص ٣٦٤ . كشاف القناع ، ج ٤ ص ٧٨ . المغني ، ج ١٠ ص ٢٨٣/٢٨٤ .

وهو مما لا يجوز أخذ العوض عنه ، غير أنهم اختلفوا في إقامة الحد على سارق المصحف المحلى بحلية تبلغ نصابا ، ففي رأي : لا قطع ، لاتصال الحلية بما لا قطع فيه ، وفي رأي آخر يجب القطع ، كما لو سرق الحلية وحدها . ولا خلاف في المذهب على إقامة الحد بسرقة كتب الفقه والحديث وسائر العلوم الشرعية ، إذا بلغت قيمة المسروق نصابا (١) .

ولا يقام الحد عند الحنابلة على سرقة الثمار المعلقة أو الكثر ، ولو كانت في بستان محاط بسور ، لقوله صلى الله عليه وسلم : {{ لا قطع في ثمر ولا في كثر }} فأما إذا كان النخل أو الشجر داخل دار محرزة ، ففيما يسرق القطع إن بلغ نصابا (٢) .

وإقامة الحد عند الحنابلة لا يتوقف على صفة المال : من كونه تافها أو لا ، مباح الأصل أو غير مباح ، معرضا للتلف أو ليس معرضا . ومع ذلك فإنهم يستثنون : الماء والملح والكلأ والثلج والتراب والسرجين ، فلا قطع في سرقتها ، لاشتراك الناس في بعضها بنص الحديث (٣) ، ولعدم تمول البعض الآخر عادة (٤) .

---

(١) شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ص ٣٦٤ . المغني ، ج ١٠ ص ٢٤٩ . كشاف القناع ، ج ٦ ص ١٠٦ .

(٢) المغني ، ج ١٠ ص ٢٦٢ / ٢٦٣ .

(٣) المسلمون شركاء في ثلاثة : في "الماء والكلأ والنار" ، رواه أحمد وأبو داود ، ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس .

(٤) شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ص ٣٦٤ . المغني ، ج ١٠ ص ٢٤٧ .

٢ - أن يبلغ المسروق نصابا:

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على عدم إقامة الحد إلا إذا بلغ المال المسروق نصابا (١) ولكنهم اختلفوا في تحديد مقدار النصاب ، وفي وقت هذا التحديد ، وفي أثر اختلاف المقومين لما سرق ، وفي وجوب علم السارق بقيمة المال المسروق .

أ - الحنفية:

١ - تحديد مقدار النصاب : ذهب الحنفية إلى أن النصاب الذي يجب القطع بسرقته هو عشرة دراهم مضروبة ، أو ماقيمته عشرة ، فلا يقام الحد عندهم على من يسرق أقل من ذلك ، حتى لو بلغت قيمته ربع دينار (٢) . وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : {{ لا تقطع اليد إلا في دينار أو عشرة دراهم }} (٣) ولقوله أيضا :{{ لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن المجن }} (٤) . وقد اختلف الفقهاء في تحديد ثمن المجن فمنهم من قدره بثلاثة دراهم (٥) ،

---

(١) ذهب بعض الفقهاء - ومنهم الحسن البصري - إلى عدم اشتراط النصاب لإقامة حد السرقة ، فيقطع عندهم في القليل والكثير ، لإطلاق قوله تعالى :{{ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما }} ولقوله صلى الله عليه وسلم :{{ لعن الله السارق : يسرق البيضة فتقطع يده ، ويسرق الحبل فتقطع يده }} . بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٣٧ . المغني ، ج ١٠ ص ٢٤١ . وهذا الحديث رواه البخاري عن أبي هريرة .

(٢) الدينار : نقد من الذهب ، كان وزنه في الدولة الإسلامية يعادل ٤ر٢٥ جراما والدرهم : نقد من الفضة ، كان وزنه في الدولة الاسلامية يعادل ٢ر٩٧٥ جراما .

(٣) الزيلعي ، نصب الراية ، ج ٣ ص ٣٦٠ .

(٤) الزيلعي ، نصب الراية ، ج ٣ ص ٣٥٩ .

(٥) فتح الباري ، ج ١٢ ص ٨٦ . صحيح مسلم بشرح النووي ، ج١١ ص ١٨٤.

ومنهم من قدره بأربعة (١) ، ومنهم من قدره بخمسة (٢) ومنهم من قدره بعشرة (٣) . ويرى الحنفية أن الأخذ بالأكثر أولى ، لأن في الأقل احتمالا يورث شبهة تدرأ الحد (٤) .

٢ - وقت تحديد النصاب : القاعدة عند الحنفية أن المعتبر قيمة المسروق وقت إخراجه من الحرز ، فإن كانت قيمة المسروق وقت إخراجه من الحرز أقل من عشرة دراهم ، ثم زادت قيمته بعد ذلك ، فلا عبرة بهذه الزيادة ، ومن ثم لا يقام الحد على السارق . أما إن كانت قيمة المسروق وقت إخراجه من الحرز عشرة دراهم ، ثم نقصت هذه القيمة بعد الإخراج وقبل الحكم ففي المسألة تفصيل : إن كان النقصان في عين المسروق ، بأن هلك بعضه في يد السارق بعد إخراجه من الحرز ، فلا عبرة بهذا النقص ، لأن هلاك الكل لا يمنع من إقامة الحد، فهلاك البعض أولى بألا يمنع من إقامته ، ولذلك تطبق قاعدة : أن المعتبر قيمة المسروق وقت إخراجه من الحرز . أما إن كان سبب نقصان القيمة يرجع إلى تغير سعره ، ففي المذهب روايتان : رواية محمد عن أبي حنيفة ، ورجحها الطحاوي ، أن الاعتبار لقيمة المسروق وقت إخراجه من الحرز فتطبق القاعدة السابقة . وفي ظاهر الرواية كما ذكر الكرخي : أن الاعتبار بقيمة المسروق ، وقت الإخراج من الحرز ووقت الحكم معا ، فإذا تغيرت الأسعار ، بأن نقصت قيمة المسروق عن عشرة دراهم قبل الحكم ، فلا يقام الحد ، لأنه لا دخل للسارق

---

(١) فتح الباري ، ج ١٢ ص ٨٨ .

(٢) فتح الباري ، الموضع السابق .

(٣) نيل الأوطار ، ج ٧ ص ٢٩٨ .

(٤) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٨/٧٧ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٢٠ . الدر المختار ، ج ٣ ص ١٩٩ . المبسوط ، ج ٩ ص ١٣٧ / ١٣٨ . الفتاوي الهندية ، ج ٢ ص ١٧٠ .

في ذلك ، ولأن النقص عند الحكم يورث شبهة تدرأ الحد (١) .

وإذا وقعت السرقة في مكان ، وضبط المسروق في مكان غيره ، كانت العبرة - في رأي - بقيمة المسروق في محل السرقة ، وفي رأي آخر : تعتبر قيمته في محل ضبطه (٢) .

٣ - اختلاف المقومين في تحديد قيمة المسروق : ذهب الحنفية إلى أنه إذا اختلف المقومون في تحديد قيمة المسروق ، فقدرها بعضهم بعشرة دراهم ، وقدرها البعض الآخر بأقل من عشرة ، فإن العبرة تكون بالأقل ، لأن هذا الاختلاف يورث شبهة تدرأ الحد . واستدلوا على ما ذهبوا إليه بأن عمر رضي الله عنه همَّ بقطع يد سارق ، فقال له عثمان رضي الله عنه : إن ماسرقه لا يساوي نصابا ، فدرأ عنه الحد (٣) .

٤ - علم السارق بقيمة المسروق : ذهب بعض الحنفية إلى الاكتفاء بقصد السرقة في إقامة الحد ، مادامت قيمة المسروق تبلغ عشرة دراهم حتى ولو كان السارق يعتقد أن قيمته أقل من ذلك ، بأن سرق ثوبا لا تبلغ قيمته النصاب ، فوجد في جيبه عشرة دراهم ، وذهب البعض الآخر إلى اشتراط علم السارق بقيمة المسروق ، بأن كان يعلم أن في جيب الثوب نصابا ، فإن لم يكن يعلم فلا يقام عليه الحد ، لأنه قصد سرقة الثوب وحده وهو لا يبلغ النصاب . بخلاف ما لو سرق جرابا أو صندوقا ،

---

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٩ . ابن عابدين ، ج ٣ ص ٢٦٦ .

(٢) ابن عابدين ، نفس المرضع السابق . البدائع ، نفس الموضع .

(٣) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٧ - ٧٩ .

وكان به مال كثير لم يعلم حقيقته ، فلا خلاف في إقامة الحد عليه ، لأنه قصد المظروف لا الظرف (١) .

ب - المالكيــة :

١ - تحديد مقدار النصاب : ذهب المالكية إلى أن النصاب الذي يجب القطع بسرقته هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم شرعية خالصة من الغش أو ناقصة تروج رواج الكاملة ، أو ماقيمته ذلك . فالقاعدة عندهم : أن كل واحد من الذهب والفضة معتبر بنفسه ، فإذا كان المسروق من غير الذهب أو الفضة قوم بالدراهم، فإن بلغت قيمته ثلاثة دراهم ولم تبلغ ربع دينار أقيم الحد ، أما إن بلغت قيمته ربع دينار ، ولم تبلغ ثلاثة دراهم فلا حد (٢) . ودليلهم على ذلك ما روي عن ابن عمر من أنه صلى الله عليه وسلم : قطع في مِجَنٍّ قيمته ثلاثة دراهم (٣) . وما روي عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : {{ لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعدا }} (٤) .فأخذوا بحديث عائشة فيما إذا كان المسروق من الذهب ، وبحديث ابن عمر فيما إذا كان المسروق فضة أو شيئا آخر غير الذهب والفضة(٥)

٢ - وقت تحديد النصاب : القاعـدة عند المالكية أن المعتبر قيمـة النصـاب وقـت

---

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٩/ ٨٠ .

(٢) حاشية الدسوقي ، ج ٣ ص ٣٣٣ / ٣٣٤ . المدونة ، ج ٦ ص ٢٦٦ .

(٣) أخرجه البخاري ومسلم من حديث عبد الله بن عمر ، اللؤلؤ والمرجان : ١٠٩٨.

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ، ج ١١ ص ١٨١ . فتح الباري ، ج ١٢ ص ٨٢/٨٣ . نيل الأوطار ، ج ٧ ص ٢٩٧ .

(٥) معالم السنن ، ج ٣ ص ٣٠٣ .

إخراجه من الحرز ، فإن كانت قيمة المسروق أقل من ثلاثة دراهم حين السرقة ثم بلغت الثلاثة بعد إخراجه من الحرز ، فلا يقام الحد . وعلى العكس من ذلك : إن كانت قيمة المسروق وقت إخراجه من الحرز ثلاثة دراهم ثم نقصت بعد ذلك ، أقيم الحد ، سواء أكان النقص في عين المسروق أم كان بسبب تغير الأسعار .

وإذا وقعت السرقة بمكان ، وضبط المسروق في مكان آخر ، فالعبرة بمحل السرقة(١) .

٣ - اختلاف المقومين في تحديد قيمة المسروق : القاعدة عند المالكية تقديم المثبت على النافي ، فإذا شهد عدلان بأن قيمة المسروق نصابا ، أخذ بهذه الشهادة ، وأقيم الحد ، ولو عارضتها شهادات أخرى (٢) .

٤ - علم السارق بقيمة المسروق : يرى المالكية أن العبرة بقصد السرقة ، لا بظن السارق ، إلا إذا صدق العرف ظنه . فلو سرق ثوبا لا يساوي نصابا ، ولكن كان في جيبه مال يبلغ النصاب ، أقيم عليه الحد ، ولو لم يكن يعلم بما في الجيب ، لأن العرف جرى على وضع النقود في جيوب الثياب . أما إذا سرق قطعة خشب ، لا يعلم حقيقتها ، فوجدها مجوفة وبها مال يبلغ النصاب ، فلا يقام عليه الحد ، لأن العرف لم يجر على حفظ النقود بتلك الكيفية (٣) .

----

(١) شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٩٤ - بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٣٩ .

(٢) المدونة الكبرى ، ج ١٦ ص ٩٠ .

(٣) شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٩٥ .

ج - الشافعيـــة:

١ - تحديد مقدار النصاب : ذهب جمهور الشافعية إلى تحديد مقدار النصاب بربع دينار من الذهب ، أو ما قيمته ذلك ، لأن الأصل في تقويم الأشياء : الذهب . وعلى ذلك فلا يقام الحد على من يسرق ثلاثة دراهم أو ما قيمته ثلاثة دراهم ، إذا قلت قيمتها عن ربع دينار من غالب الدنانير الجيدة (١) .

ودليلهم على ذلك ما روي عن عائشة رضي الله عنها : {{ لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعدا }} (٢) .

٢ - وقت تحديد النصاب : يرى الشافعية أن المعتبر قيمة النصاب وقت إخراجه من الحرز ، فإن كانت قيمة المسروق تقل عن ربع دينار حين السرقة ، ثم بلغت ربع دينار بعد إخراجه من الحرز ، فلا يقام الحد . أما إن كانت قيمة المسروق وقت إخراجه من الحرز ربع دينار ثم نقصت بعد ذلك أقيم الحد ، سواء أكان النقص بفعل السارق ، كأن أكل بعضه ، أم كان السبب تغير الأسعار . وتعتبر القيمة في مكان السرقة ، لا في مكان آخر (٣) .

٣ - اختلاف المقومين في تحديد قيمة المسروق : القاعدة عند الشافعية أن شهادة المقومين إن قامت على أساس القطع أخذ بها ، وإن قامت على أساس الظن أخذ

---

(١) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٣٧ . قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٨٦ - مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٥٨ - المهذب ، ج ٢ ص ٢٩٤ - نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤١٩ .

(٢) نيل الأوطار ، ج ٧ ص ٢٩٧ .

(٣) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٣٧ .

بالتحديد الأقل ، وذلك لتعارض البينات (١) .

٤ - علم السارق بقيمة المسروق : لا يشترط الشافعية أن يعلم السارق بقيمة ما سرق ، بل يكفي عندهم أن يقصد السرقة . وعلى ذلك : لو قصد سرقة ثوب لا يساوي ربع دينار ، وكان في جيبه ما قيمته ربع دينار أقيم عليه الحد . ولكنه لو قصد سرقة صندوق به دنانير ، فوجده فارغا ، والصندوق لا يساوي ربع دينار ، فلا يقام عليه الحد (٢) .

د- الحنابلـــة:

١ - تحديد مقدار النصاب : اختلفت الروايات - عن الإمام أحمد - في مقدار النصاب الذي يجب القطع بسرقته . فذهب أكثر الحنابلة إلى تحديده بثلاثة دراهم ، أو ربع دينار ، أو عرض قيمته كأحدهما . وتحدد الرواية الأخرى النصاب بربع دينار ، إن كان المسروق ذهبا . وبثلاثة دراهم ، إن كان المسروق من الفضة ، وبما قيمته ثلاثة دراهم ، إن كان المسروق من غيرهما (٣) .

٢ - وقت تحديد النصاب : المعتبر عند الحنابلة قيمة المسروق وقت اخراجه من الحرز وفي مكان السرقة ، ولا عبرة بتغير هذه القيمة بعد ذلك لأي سبب كان (٤) .

---

(١) أسنى المطالب ، نفس الموضع المتقدم . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٢٠ .

(٢) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٣٨/١٣٧ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٢٠ .

(٣) شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ص ٣٦٤ . كشاف القناع ، ج ٤ ص ٧٨ . المغني ، ج ١٠ ص ٢٤٢ .

(٤) المغني ، ج ١٠ ص ٢٧٨ .

٣ - اختلاف المقومين في تحديد قيمة المسروق : إذا قدر بعض المقومين قيمة المسروق بنصاب ، وقدره بعضهم بأقل من نصاب ، فلا يقام الحد على السارق ، لأنه في حالة تعارض البينات في القيمة يؤخذ بالأقل (١) .

٤ - علم السارق بقيمة المسروق : يشترط الحنابلة ، لاقامة حد السرقة ، أن يعلم السارق بأن ماسرقه يساوي نصابا . وعلى ذلك : لا يقام الحد على من سرق منديلا ، لا تبلغ قيمته النصاب ، وقد شد عليه دينار ، ما دام لم يعلم به . فأما إن علم بوجود الدينار ، أقيم عليه حد السرقة (٢) .

٣ - أن يكون المسروق محرزا :

حَرَزَهُ وأَحرَزَهُ : صانه . والحِرز : الوعاء الحصين يحفظ فيه الشيىء ، والمكان المنيع يلجأ إليه (٣) . والحِرْز عند الفقهاء : الموضع الحصين الذي يحفظ فيه المال عادة ، بحيث لا يعد صاحبه مضيعا له بوضعه فيه (٤) ، وقد اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية (٥) والمالكية (٦) والشافعية (٧)

----

(١) كشاف القناع ، ج ٤ ص ٢٣٧ .

(٢) المغني ، ج ١٠ ص ٢٧٨ .

(٣) لسان العرب . المصباح المنير .المعجم الوسيط .

(٤) شرح فتح القدير ، ج ٥ ص ٣٨٠ . الخرشي علي خليل ، ج ٨ ص ٩٧ . قليوبي وعميرة ج ٤ ص ١٩٠ . كشاف القناع ، ج ٦ ص ١١٠ .

(٥) ابن عابدين ، ج ٣ ص ٢٦٧ . البدائع ، ج ٧ ص ٦٦ . المبسوط ، ج ٩ ص ١٣٦.

(٦) بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٣٩ . الشرح الكبير للدردير ، ج ٤ ص ٣٣٨.

(٧) قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٠ . مغني المحتاج ، ج٤ ص ١٦٤. المهذب، ج ٢ ص ٢٩٤ .

والحنابلة (١) على أن حد السرقة لايقام إلا إذا أخذ السارق النصاب من حرزه ، لأن المال غير المحرز ضائع بتقصير من صاحبه (٢) . فقد روى أصحاب السنن عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال : سمعت رجلا من مزينة يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحَرِيسَة التي توجد في مراتعها ، فقال : {{ فيها ثمنها مرتين ، وضرب نكال ، وما أُخِذَ من عَطَنِه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المِجَنّ " قال يارسول الله ، فالثمار وما أخذ منها في أكمامها ؟ قال : " من أخذ بفمه ولم يتخذ خبنةً : فليس عليه شيئ ، ومن احتمل : فعليه ثمنه مرتين ، وضرب نكال ، وما أخذ من أجرانه : ففيه القطع ، إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المِجنّ (٣) .

والحرز نوعان :

١ - حرز بنفسه ، ويسمى حرزا بالمكان : وهو كل بقعة معدة للاحراز ، يمنع الدخول فيها إلا بإذن ، كالدار والبيت .

٢ - وحرز بغيره ، ويسمى حرزا بالحافظ : وهو كل مكان غير معد للاحراز ،

---

(١) شرح منتهى الارادات ، ج ٣ ص ٣٦٧ . كشاف القناع ، ج ٦ ص ١١٠.

(٢) ذهب بعض الفقهاء وطائفة من أهل الحديث : إلى عدم اشتراط الحرز لاقامة حد السرقة ، لعموم قوله تعالى : {{ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما }} أنظربداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٣٩ والمغني ، ج ١٠ ص ٢٥٠ .

(٣) نيل الأوطار ، ج ٧ ص ٣٠١. والحريسةُ : ما سرق من سارحة ترعى في الجبل ، والعطن : الموضع الذي تبرك فيه الابل على الماء والمجنّ : التُرس . والخبنة: مايحمله الشخص في حضنه أنظر : الزاهر ، والصحاح . وسبل السلام ، ج ٤ ص ٢٥/٢٦ .

لايمنع أحد من دخوله ، كالمسجد والسوق (١) . ولما كان ضابط الحرز وتحديد مفهومه يرجع إلى العرف ، وهو يختلف باختلاف الزمان والمكان ونوع المال المراد حفظه وباختلاف حال السلطان من العدل أو الجور ومن القوة أو الضعف ، فقد اختلفت نظرة الفقهاء في الشروط الواجب توافرها ليكون الحرز تاما وبالتالي يقام الحد على من يسرق منه .

أ - فذهب الحنفية إلى أن الحرز بنفسه : كل بقعة معدة للاحراز يمنع دخولها إلا بإذن كالدور والحوانيت والخيم والخزائن والصناديق والجرن وحظائر الماشية سواء كان الباب مغلقا أو مفتوحا ، أولا باب لها ، لأن هذه الأبنية قصد بها الاحراز كيفما كان . ولا يشترط في الحرز بنفسه عندهم وجود الحافظ ، ولو وجد فلا عبرة بوجوده ، ويترتب على ذلك : أن الحرز بنفسه إذا اختل ، بأن أذن للسارق في دخوله ، فلا يقام حد السرقة ، ولو كان فيه حافظ . وعلى هذا لا يقام حد السرقة على الضيف ، لأن الإذن له بالدخول أحدث خللا في الحرز ، ولا على الخادم ، لأن فعله يوصف بالخيانة ، وليس على الخائن قطع ، ولا على من يسرق من الحوانيت في فترات الاذن بالدخول ، بخلاف ما لو سرق في وقت غير مأذون فيه (٢) .

والسرقة من الحرز بنفسه لا تشمل سرقة الحرز نفسه ، لأن السرقة تقتضي الاخراج من الحرز ، ونفس الحرز ليس في الحرز ، فلا اخراج . وبناء على ذلك : لو سرق باب الدار أو حائط الحانوت أو الخيمة المضروبة ، فلا يقام عليه الحد عند الحنفية ،

----

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٣ . الخرشي ، ج ٨ ص ١١٧ . قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٠ ومابعدها . المغني ، ج ١٠ ص ٢٥١ ومابعدها .

(٢) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٣ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٤٠ ومابعدها .

لأنه سرق نفس الحرز ، ولم يسرق من الحرز (١) .

أما الحرز بغيره : فهو كل مكان غير معد للاحراز ، يدخل إليه بدون إذن ولا يمنع منه ، كالمساجد والطرق والأسواق ، وهي لا تعتبر حرزا إلا إذا كان عليها حافظ(٢) ، أي شخص ليس له من مقصد سوى الحراسة والحفظ ، فإن كان له مقصد آخر فلا يكون المال محرزا به . وبناء على ذلك : لا يقام الحد عند الحنفية على من يسرق الماشية من المرعى ، ولو كان الراعي معها ، لأن عمل الراعي هو الرعي ، والحراسة تحصل تبعا له ، بخلاف ما لو كان مع الراعي حافظ يختص بالحراسة ، ففي هذه الحالة تكون الماشية محرزة بالحافظ ، فيقام الحد (٣) . ولا يقام الحد على من سرق متاعا تركه صاحبه في المسجد ، لأن المسجد لا يعتبر من الأماكن المعدة لحفظ الأموال ، ويدخل إليه بلا إذن ، فأما إذا سرق المتاع حالة وجود الحافظ ، فيقام عليه الحد ، لما روي من أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع يد سارق خميصة صفوان ، وكان نائما عليها في المسجد (٤) . ولا يقام الحد على من يسرق الحرز بالحافظ : كمن يسرق بعيرا ، وراكبه نائم فوقه ، لأن البعير محرز بالحافظ ، فإذا أخذهما جميعا صار كمن يسرق نفس الحرز (٥) .

وعند الحنفية : يعتبر المكان محرزا بالحافظ كلما كان الشيء واقعا تحت بصره ،

----

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٤ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٤٦ .

(٢) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٣ . الفتاوي الهندية ج ٢ ص ١٧٩ .

(٣) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٤ .

(٤) نيل الأوطار ، ج ٧ ص ١٤٣ . والحديث أخرجه أبو داود والنسائي والحاكم .

(٥) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٤ .

سواء أكان نائما أم مستيقظا ، مميزا أم غير مميز ، لأنه وجد للحفظ ويقصده .وعلى ذلك ، فإن ما يلبسه الانسان أو يحمله أو يركبه أو يقع تحت بصره من متاع أو غيره ، يعتبر محرزا بحافظ ، ويقام الحد علي من يسرق منه مايبلغ النصاب (١) .

ويرى الحنفية أن المسجد يعتبر حرزا بالحافظ ، فإذا لم يكن به حارس وسرق شخص شيئا مما يلزم المسجد ضرورة ، كالحصر والقناديل ، أو للزينة كالعلم والمشكاة ، أو للانتفاع به كالمصحف وكتب العِلمْ ، فلا يقام عليه الحد ، لانعدام الحرز ، بخلاف ما لو كان للمسجد حارس ، فإنه يكون محرزا به (٢) .

ب - وذهب المالكية إلى أن الحرز بنفسه : كل مكان اتخذه صاحبه مستقرا له ، أو اعتاد الناس وضع أمتعتهم به ، سواء أكان محاطا أم غير محاط ، كالبيوت والحوانيت والخزائن ، وكالجرين الذي يجمع فيه الحب والتمر وليس عليه باب ولا حائط ولا غلق ، وكالأماكن التي يضع التجار بضائعهم فيها ، في السوق أو في الطريق ، دون تحصين ، وكالأماكن التي تراح فيها الدواب دون بناء ، أو التي تناخ فيها الابل للكراء (٣) .

ولا يرى المالكية ما يمنع من اعتبار الحرز بنفسه حرزا بحافظ ، بحيث أنه إذا اختل

----

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٦ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٤٦/٢٤٥ .

(٢) ابن عابدين ، ج ٣ ص ٢٧٦ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٤٢ .

(٣) الدسوقي ، ج ٤ ص ٣٣١ . الخرشي ، ج ٨ ص ١١٧ . المدونة ، ج ١٦ ص ٧٩. المنتقى شرح الموطأ ، ج ٧ ص ١٨٩ : " إذا أوى الماشية المراح ففيها القطع ، وإن كان في غير دور ولا تحظير ولا غلق ، وأهلها في مدنهم ".

الحرز بنفسه ، بأن أذن للسارق في دخوله ، صار حرزا بالحافظ إن كان به من يحفظه. وعلى ذلك يقام الحد على الضيف إذا سرق من منزل مضيفه ، سواء كان المضيف نائما أو مستيقظا ، ما دام الشيء المسروق يقع تحت بصره (١) . كما يرون إقامة الحد على من يسرق من أفنية الحوانيت وقت الإذن بدخولها ، ولو لم يكن عليها حافظ ، لأنها تحفظ عادة بأعين الجيران وملاحظتهم (٢) .

ويقام الحد عندهم على من يسرق الحرز نفسه ، لأن نفس الحرز يعتبر محرزا باقامته، فالحائط محرز ببنائه ، والباب محرز بتثبيته ، والفسطاط محرز باقامته (٣) .

أما الحرز بغيره : فهو المكان الذي لم يتخذه صاحبه مستقرا له ، ولم تجر العادة بوضع الأمتعة فيه ، كالطريق والصحراء . وهو يكون حرزا بصاحب المتاع إن كان قريبا من متاعه عرفا ، بشرط أن يكون حيا عاقلا مميزا . ولذا لا يقام الحد عند المالكية على من يسرق متاعا بحضرة ميت أو مجنون أو صبي غير مميز (٤) .

ويستثنى المالكية من ذلك : سرقة الغنم في المرعى، ولو كان معها راعيها ، فلا قطع على سارقها ، لتشتت الغنم وعدم ضبطها أثناء الرعي ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : {{ لا قطع في ثمر معلق ، ولا في حَرِيسَة جبل }} (٥) . وقريب

----

(١) شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ١٠١ ، ١٠٤ .

(٢) شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٩٩ ، ١٠٣ ، ١٠٤ .

(٣) شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٩٩ .

(٤) شرح الخرشي ، ج ٨ ص ١١٩ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ١٠١ .

(٥) الحديث أخرجه مالك في الموطأ عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين المكي .

من ذلك عندهم : سرقة الثياب المنشورة ، ولو بحضرة الحافظ ، لأن آخذها خائن أو مختلس (١) .

ولايقام الحد على من يسرق متاعا وضعه صاحبه في المسجد ، لأنه لم يعد لحفظ المال أصلا ، إلا إذا كان هناك حارس يلاحظه ، لأنه في هذه الحالة يصير حرزا بالحافظ(٢) . ولا يقام الحد كذلك على من يسرق الحرز بالحافظ ، كمن يسرق بعيرا وراكبه نائم فوقه ، لأن يد الحافظ لم تزل عن البعير ، فإذا استيقظ الراكب بعد ذلك كان الفعل اختلاسا إذا أزيلت يده عن البعير (٣) .

وعند المالكية روايتان في حكم سارق المسجد : تذهب الأولى إلى إقامة الحد على من يسرق من بناء المسجد : كالحائط أو الباب أو السقف ، وعلى من يسرق من أدواته المعدة للاستعمال فيه : كالحصر أو البسط أو القناديل ، لأنها محرزة بنفسها . أما الرواية الأخرى فتفرق في أدوات المسجد بين ماهو مثبت كالبلاط ، أو ما هو مسمر كالقناديل المشدودة بالسلاسل ، أو ما شد بعضه إلى بعض كالبسط المخيط بعضها في بعض ، وهذه يقام الحد على سارقها ، وبين غير المثبت أو المسمّر أو المشدود بعضه إلى بعض فلا يقام الحد على سارقها (٤) .

ج - وعند الشافعية : لا يكون حرزا بنفسه إلا : المكان المغلق المعد لحفظ المال

---

(١) شرح الخرشي ، ج ٨ ص ١١٩ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ١٠١ .

(٢) شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ١٠٢ . مواهب الجليل ، ج ٦ ص ٣٠٩ .

(٣) شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ١٠١ .

(٤) مواهب الجليل ، ج ٦ ص ٣٠٩ ، ٣١٣ .

داخل العمران ، كالبيوت والحوانيت وحظائر الماشية . فإن كان المكان غير مغلق ، بأن كان بابه مفتوحا ، أو ليس له باب ، أو كان حائطه متهدما أو به نقب ، فلا يكون حرزا بنفسه . وإن كان المكان غير معد لحفظ المال كالسوق والمسجد والطريق ، فإنه لا يعتبر حرزا بنفسه . وإن كان المكان خارج العمران ، بأن كان منفصلا عن مباني القرية أو البلدة ولو ببستان ، فلا يكون حرزا بنفسه (١) . ولا يرى الشافعية ما يمنع من اعتبار الحرز بنفسه حرزا بالحافظ إذا اختل الحرز بالمكان ، بأن أذن للسارق بالدخول ، أو فتح الباب ، أو أحدث به نقب . وعلى ذلك : يقام الحد عندهم على الضيف إذا سرق من غيرالمكان الذي نزل به ، لأنه سرق مالا محرزا لا شبهة له فيه ، بخلاف ما لو سرق من المكان الذي نزل به ، لاختلال الحرز بالاذن ، إلا إذا كان بالمكان الذي نزل فيه حافظ يقع بصره عليه ، فإن المكان يعتبر حرزا بالحافظ ، ولو كان الحافظ نائما اختل الحرز ، إلا إذا سرق الضيف شيئا يلبسه النائم أو يتوسده أو يتكيء عليه أو يلتف به ، فيقطع بسرقته (٢) . ويقام الحد عند الشافعية على من يسرق نفس الحرز ، لأنه محرز باقامته ، وعلى ذلك يقطع من يسرق حجارة الحائط أو باب البيت أو خشب السقف (٣) .

أما الحرز بغيره : فهو كل مكان لم يعد لحفظ المال ، أو كان خارج العمران ، أو غير مغلق (٤) . وهو لا يكون حرزا إلا بملاحظ يقوم بحراسة المال بحيث لا يعتبـــر

---

(١) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٤١/ ١٤٢ . قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٢ .
(٢) المهذب ، ج ٢ ص ٢٨٠ . مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٦٥ .
(٣) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٤٧ .
(٤) أسنى المطالب ، ج ٢ ص ١٤١ . قليوبي وعيمرة ، ج ٤ ص ١٩٢ . مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٦٥ .

العرف صاحبه مقصرا عند سرقته . فالملاحظة يختلف مداها باختلاف نوع الحرز :

١ - فإن كان المال في مكان لا حصانة له ، كصحراء أو مسجد أو شارع ، اشترط الشافعية لاعتباره محرزا دوام ملاحظته من المالك أو ممن استحفظه المالك ، ولايقطع هذا الدوام الفترات العارضة في العادة التي يغفل فيها الملاحظ ، فيقام الحد على من يسرق أثناءها . ولذلك لا يعتبر هذا المكان حرزا : إذا كان الملاحظ بعيدا عرفا عن المال ، أو كان نائما ، أو أعطاه ظهره ، أو كان ثمة ازدحام يحول بين الملاحظ وبين المال . ودوام الملاحظة يقتضي أن يكون الملاحظ قادرا على منع السارق من السرقة بقوة من نفسه ، أو بقوة من غيره كاستغاثة ، فإن كان ضعيفا لا يقدر على دفع السارق، والموضع بعيد عن الغوث ، فإن المال لا يعتبر محرزا به (١) . ويعتبر المرعى من الأماكن التي تحتاج إلى لحاظ دائم : فلا يعتبر حرزا للماشية إلا إذا كان معها حافظ يراها ويسمع صوتها إذا بعدت عنه . وإن كانت الماشية مقطورة يقودها قائد ، فلا تكون محرزة به إلا إذا كان يلتفت إليها كل ساعة بحيث يراها ، فإن كانت غير مقطورة ، أو كان القائد لا يستطيع رؤية بعضها لحائل ، اختل الحرز ، ويدرأ الحد عن السارق (٢) .

٢ - وإن كان المال في مكان محصن ، كدار وحانوت وإصطبل ، كفى لحاظ معتاد : فإن كان هذا المكان متصلا بالعمران ، وله باب مغلق ، اعتبر حرزا ، سواء كان الحافظ قويا أو ضعيفا ، نائما أو يقظان ، في النهار أو في الليل ، وسواء أكان

---

(١) قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٢. مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٦٦ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٥٢ .

(٢) قليوبي وعميرة ، نفس الموضع السابق . نهاية المحتاج ، نفس الموضع السابق .

الزمن زمن أمن أم كان زمن خوف . وإن لم يكن به حافظ ، فلا يعتبر حرزا إلا إذا كان الباب مغلقا والوقت نهارا والزمن زمن أمن ، وإلا فلا .

وإن كان هذا المكان بعيدا عن العمران ، وبه حافظ قوي يقظان ، اعتبر حرزا سواء كان الباب مفتوحا أو مغلقا . والأصح عندهم : أنه يكون حرزا إذا كان به شخص قوي نائم ، والباب مغلق . فإن لم يكن بالمكان أحد ، أو كان به شخص ضعيف ، فلا يعتبر حرزا لما فيه ، حتى لو كان الباب مغلقا (١) .

والمذهب : أن المسجد يعتبر حرزا بنفسه فيما جعل لعمارته كالبناء والسقف ، أو لتحصينه كالأبواب والشبابيك ، أو لزينته كالستائر والقناديل المعلقة للزينة (٢). فأما ما أعد لانتفاع الناس به : كالحصر والقناديل التي تسرج فيه والمصاحف فالأصح أنه لا يقام الحد على سارقها ، إذا كان له حق الانتفاع ، لوجود الشبهة .ومقابل الأصح :وجوب إقامة الحد على سارق الحصر والقناديل(٣) .

د - ويتفق الحنابلة مع الشافعية في أن الحرز بنفسه : هو كل موضع مغلق معد لحفظ المال داخل العمران كالبيوت والحوانيت وحظائر الماشية(٤) . فإن لم يكن

---

(١) قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٢ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٥٠ .

(٢) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٤٢ . قليوبي وعميرة ، نفس الموضع السابق . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٢٨ .

(٣) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٤٢ . قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٢ . المهذب ، ج ٢ ص ٢٧٣. نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٢٥ .

(٤) كشاف القناع ، ج ٤ ص ٨١ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٥٠ .

مغلقا: بأن كان بابه مفتوحا أو به نقب ، فلا يعتبر حرزا بنفسه . وإن لم يكن معدا لحفظ المال كالسوق والمسجد ، فلا يعتبر حرزا بنفسه . وإن كان خارج العمران ، فلا يعتبر حرزا بنفسه . ولا يرى الحنابلة ما نعا من اعتبار الحرز بنفسه حرزاً بالحافظ إذا اختل الحرز بالمكان : بأن أذن للسارق بالدخول ، أو كان الباب مفتوحا ، أو أحدث بالمكان نقب . ولهذا لا يقام الحد عندهم على الضيف إذا سرق من الموضع الذي أذن له بدخوله . لاختلال الحرز بالإذن . فأما إذا سرق من موضع لم يؤذن له بدخوله فإن الحكم يختلف باختلاف معاملة الضيف : إن كان المضيف قد منعه قراه فسرق بقدره لا يقام الحد عليه ، وإن لم يكن منعه قراه يقام عليه حد السرقة (١) . ويذهب الحنابلة إلى إقامة الحد على من يسرق نفس الحرز ، لأن محرز بإقامته وعلى ذلك يقطع من يسرق حجارة من حائط الدار ، أو بابه ، أو نحوه (٢) .

أما الحرز بغيره : فهو الموضع الذي لم يعد لحفظ المال دون حافظ في العادة ، كالخيام والمضارب ، أو الموضع المنفصل عن العمران، كالبيوت في البساتين والطرق والصحراء ، مغلقة كانت أو مفتوحة ، فلا تكون حرزا إلا بحافظ أيا كان : صغيراأو كبيرا ، قويا أو ضعيفا ، مادام لم يفرط في الحفظ بنحو نوم ، أو يشتغل عن الملاحظة بنحو لهو(٣) . وعلى ذلك : تحرز الماشية في المرعى بملاحظة الراعي لها، بأن يراها ويبلغها صوته ، فإن نام أو غفل عنها أو استتر بعضها عنه فلا تكون محرزة . أما الإبل فإنها تحرز وهي باركة إذا عقلت وكان معها حافظ ولو نائم (٤) .

---

(١) المغني ، ج ١٠ ص ٢٥٧ .

(٢) المغني ، ج ١٠ ص ٢٥٠ .

(٣) كشاف القناع ، ج ٤ ص ٨١ ومابعدها ، المغني ، ج ١٠ ص ٢٥١ ومابعدها .

(٤) كشاف القناع ، ج ٤ ص ٨٢ . المغني مع الشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٥٢ .

وعند الحنابلة رأيان في حكم السرقة من المسجد ، أحدهما : أن المسجد ليس حـرزا لنفسه إلا فيما جعل لعمارته أو لزينته ، كالسقف والأبواب ونحوها ، فأما ما أعد لانتفاع الناس به ، كالحصر أو البسط أو قناديل الإضاءة ، فلا يقام الحد على سارقها ، ولو كانت محرزة بحافظ ، لأن حق السارق في الانتفاع بها يعتبر شبهة تدرأ عنه الحد . والرأي الأخر : لايقام الحد على من يسرق من المسجد ، سواء كان المسروق لعمارته وزينته ، أو كان معدا لانتفاع الناس به ، لأن المسجد لا مالك له من المخلوقين ، ولأنه معد لانتفاع المسلمين به ، فكان ذلك شبهة تدرأ الحد ، سواء اعتبرت السرقة من حرز بنفسه أو من حرز بالحافظ (١) .

الركن الرابع - الأخذ خفيـــة:

يشترط لاقامة حد السرقة أن يأخذ السارق المسروق خفية ، وأن يخرجه من الحرز ، فإذا شرع في الأخذ ولم يتمه ، فلا يقطع ، بل يعزر . وقد يقام الحد على الشريك إذا بلغ فعله حدا يمكن معه نسبة السرقة إليه .

١ - الأخـــذ:

لا يعتبر الأخذ من عناصر السرقة عند جمهور الفقهاء إلا إذا نتج عن هتك الحرز ، كأن يفتح السارق أغلاقه ويدخل ، أو يسكر بابه أو شباكه أو ينقب في سطحه أو جداره ، أو يدخل يده في الجيب لأخذ مابه ، أو يأخذ ثوبا توسده شخص نائم ، أو نحو ذلك . ولكنهم لم يتفقوا على طريقة الأخذ التي تؤدي إلى إقامة الحد : فذهب الحنفية - إلا أبا يوسف - إلى أن الأخذ لا يتحقق إلا إذا كان هتك الحـــرز هتكا

----

(١) كشاف القناع ، ج ٤ ص ٨٣ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٥٤ .

كاملا تحرزا عن شبهة العدم ، بأن يدخل الحرز فعلا ، إذا كان مما يمكن دخوله كبيت وحانوت ، فإذا كان مما لا يمكن دخوله ، كصندوق وجيب ، فلا يشترط الدخول(١) . وحجتهم في ذلك ما روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال : اللص إذا كان ظريفا لا يقطع . قيل : وكيف ذلك ؟ قال : أن ينقب البيت فيدخل يده ويخرج المتاع من غير أن يدخله(٢) .

وذهب أبو يوسف ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة : إلى أن دخول الحرز ليس شرطا لتحقق الأخذ وهتك الحرز ، فدخول الحرز ليس مقصودا لذاته ، بل لأخذ المال ، فإذا تحقق المقصود: بمد اليد داخل الحرز وإخراج المال ، كان ذلك كافيا في هتك الحرز وأخذ المال (٣) . وحجتهم في ذلك : ما روي من أن رجلا كان يسرق الحجاج بمِحْجنه، فقيل له : أتسرق متاع الحجاج ؟ قال : لست أسرق ، وإنما يسرق المحجن فروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : {{ رأيته يجر قطبه في النار يعني : أمعاءه ، لما كان يتناول من مال الحجاج }} (٤) .

٢ - الخفيـــة:

يشترط لإقامة حد السرقة أن يؤخذ الشيء خفية واستتاراً ، بأن يكون ذلك دون علم المأخوذ منه ودون رضاه ، فإن أخذ الشيء على سبيل المجاهرة ، سمي : مغالبـة

---

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٦ . الهداية ، ج ٢ ص ٩٣ .

(٢) المبسوط ، ج ٩ ص ١٤٧ .

(٣) شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٤٥ . مواهب الجليل ، ج ٦ ص ٣١٠ . المهذب ، ج ٢ ص ٢٩٧ . المغني ، ج ١٠ ص ٢٥٩ .

(٤) رواه أحمد في مسنده وأخرجه مسلم عن جابر . والمِحْجَنُ : كل معوج الرأس كالصولجان .

أو نهبا أو خلسة أو اغتصابا أو انتهابا ، لا سرقة . وإن حدث الأخذ دون علم المالك أو من يقوم مقامه ، ثم رضي ، فلا سرقة (١) . وقد سبق بيان حكم الأخذ في : الاختلاس ، وجحد الامانة ، والحرابة ، والغصب ، والنبش ، والنشل ، والنهب (٢) .

٣ - الإخـــراج:

لا تكتمل صورة الأخذ خفية إلا إذا أخرج السارق الشيء المسروق من حرزه ، ومن حيازة المسروق منه ، وأدخله في حيازة نفسه .

١ - الاخراج من الحرز : اتفق جمهور الفقهاء على وجوب إخراج المسروق (٣) من الحرز لكي يقام حد السرقة ، فإن كانت السرقة من حرز بالحافظ فيكفي مجرد الأخذ ، حيث لا اعتبار للمكان في الحرز بالحافظ (٤) . وإن كانت السرقة من حرز بنفسه فلا بد من إخراج المسروق من المكان المعد لحفظه ، فإذا ضبط السارق داخل الحرز ، قبل أن يخرج بماسرقه ، فلا يقطع بل يعزر (٥) .

---

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٥/٦٤ . بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٣٦ .قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٨٦ . شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ص ٣٦٢ .

(٢) أنظر : استعراض الألفاظ ذات الصلة في أول هذا البحث .

(٣) البحر الرائق ، ج ٥ ص ٥٥ . الخرشي علي خليل ، ج ٨ ص ٩٧ .قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٠ . شرح منتهى الإرادات ، ج ٣ ص ٣٦٧ .

(٤) البحر الرائق ، ج ٥ ص ٦٤ / ٦٥ .

(٥) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٥ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٩٨ . المهذب ، ج ٢ ص ٢٩٥ . كشاف القناع ، ج ٤ ص ٧٩ .

والإخراج من الحرز : إما أن يكون مباشرا ، بأن يقوم السارق بأخذ المسروق خفية من الحرز ويخرج به منه ، أو بأن يؤدي فعله مباشرة إلى اخراجه كأن يدخل الحرز ويأخذ المسروق ثم يرمي به خارج الحرز . وإما أن يكون غير مباشر ، ويطلق عليه الفقهاء : الأخذ بالتسبب ، بأن يؤدي فعل السارق - بطريق غير مباشر - إلى إخراج المسروق من الحرز ، كأن يضعه على ظهر دابة ويقودها خارج الحرز ، أو يلقيه في ماء راكد ثم يفتح مصدر الماء فيخرجه التيار من الحرز (١) .

وسواء كان الإخراج مباشرا أو غير مباشر فإن شروط الأخذ خفية تكون تامة ويقام الحد على السارق ، لأنه هو المخرج للشيء :إما بنفسه وإما بآلته (٢) . غير أن بعض صور الإخراج كانت محلا لاختلاف الفقهاء ، تبعا لاختلافهم في مفهوم الأخذ التام . فمن ذلك : أن يهتك السارق الحرز ، ويدخله، ويأخذ الشيء خفية ، ثم يرمي به خارج الحرز ، وبعد ذلك يخرج فيأخذه ، وفي هذه الصورة يتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الأخذ تام فيقام الحد على السارق ، وخالفهم في ذلك : زفر ، حيث يرى أن الأخذ لا يتم إلا بالإخراج ، والرمي ليس بإخراج ، والأخذ من الخارج لا يعتبر أخذاً من الحرز(٣) .

٢ - إخراج المسروق من حيازة مالكه أو من يقوم مقامه :يترتب على إخراج المسروق من الحرز أن يخرج كذلك من حيازة المسروق منه ، ذلك أن السارق إذا أخرج

---

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٥ . مواهب الجليل ، ج ٦ ص ٣٠٨ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٣٧ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٥٩ .

(٢) الفتاوي الهندية ، ج ٢ ص ١٧٩ .

(٣) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٥ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٤٤ . المبسوط ، ج ٩ ص ١٤٨ . الهداية ، ج ٢ ص ٩٣ .

المسروق من البيت أو الحانوت أو الحظيرة أو الجيب فإنه يكون بذلك قد أخرجه من حيازة المسروق منه ، حيث أنه قد أزال يد الحائز عن الشيء المسروق ، و لكن إخراج المسروق من حيازة مالكه أو من يقوم مقامه لا يتوقف على خروج السارق به من الحرز ، فقد تزول يد الحائز عن المسروق رغم بقاء السارق في الحرز وعدم إخراج المسروق من ذلك الحرز ، كما إذا ابتلع السارق ما سرقه دون أن يغادر الحرز ، ففي هذه الصورة ونحوها : يخرج المسروق من حيازة المسروق منه ، من غير أن يخرج به السارق من الحرز .

٣ - دخول المسروق في حيازة السارق : يرى الحنفية أن إخراج المسروق من حرزه ، ومن حيازة المسروق منه ، لا يستتبع حتما دخوله في حيازة السارق ، ومن ثم لا يقام عليه الحد . مثال ذلك : أن يهتك السارق الحرز ، ويدخله ، ويأخذ الشيء خفية ، ثم يرمي به خارج الحرز وبعد ذلك لا يتمكن من الخروج لأخذه ، أو يخرج من الحرز ليأخذه فيجد غيره قد عثر عليه وأخذه . وهنا يعتبر المسروق قد أخرج من الحرز ، ومن حيازة المسروق منه ، ولكنه لم يدخل في حيازة السارق لأنه إذا لم يتمكن من الخروج فلا تثبت يده على المسروق ولا يعتبر في حيازته فعلا . وإن خرج ولم يجد المسروق ، تكون يد الآخذ قد اعترضت يد السارق ، فدخل المسروق في حيازة من أخذه ، ولم يدخل في حيازة من سرقه ، وحينئذ تحول هذه " اليد المعترضة " دون إقامة الحد على السارق ، وإن كان يعزّر(١) . وينطبق نفس الحكم - عند الحنفية - على من يهتك الحرز ، ويدخله ، ويأخذ الشيء خفية ولكنه يتلفه وهو داخل الحرز، لأنه إن أتلف ما يفسد بالاتلاف كأن

-----

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٥ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٤٤ . المبسوط ،ج ٩ ص ١٤٨.

أكل الطعام أو أحرق المتاع أو مزّق الثوب أو كسر الآنية ، فلا يعد سارقا ، بل متلفا ، وعليه الضمان والتعزير .

أما ان أتلف بعضه وأخرج البعض الآخر ، وكانت قيمة ما أخرجه تساوي نصابا ، فإنه يكون سارقا ، لتحقق تمام الأخذ بالهتك والاخراج . وخالفهم أبو يوسف ، لأن السارق إذا أتلف البعض يصير ضامنا ، والمضمونات تملك بالضمان ، فيكون سبب الملك قد انعقد له قبل الاخراج ، ولا يقطع أحد في مال نفسه (١) . وإن كان ما أتلفه - وهو داخل الحرز - لا يفسد بالاتلاف ، كأن يبتلع جوهرة أو دينارا ، فإنه لا يعدّ سارقا أيضا ، حتى ولو خرج بما ابتلعه ، لأن الابتلاع يعتبر استهلاكا للشيء ، فهو من قبيل الاتلاف ، وعليه الضمان ، وقد يعزّر (٢) .

أما غير الحنفية من المالكية والشافعية والحنابلة فقد اتفقوا على أن إخراج المسروق من حرزه ومن حيازة المسروق منه يستتبع حتما إدخاله في حيازة السارق ادخالا فعليا أو حكميا (٣) . وعلى ذلك : فلو دخل السارق الحرز ، وأخذ الشيء خفية ، ورمي به خارج الحرز ، فإن الحد يقام عليه ، لأنه حين أخرج الشيء من حرزه ومن حيازة المسروق منه ، يكون أدخله حكما في حيازة نفسه ، فإذا خرج بعد ذلك وأخذه ، فإن وضع اليد الفعلي على المسروق ينضم إلى الحيازة الحكمية ، وكل منهما يوجب الحد

---

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٠ ، ٧١ ، ٨٤ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٦٤. المبسوط ، ج ٩ ص ١٦٤ .

(٢) حاشية ابن عابدين ، ج ٣ ص ١٩٩.

(٣) مواهب الجليل ، ج ٦ ص ٣٠٨ . المهذب ، ج ٢ ص ٢٩٧ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٥٩ .

بمفرده . وكذلك إذا خرج من الحرز فوجد أن غيره قد أخذ الشيء المسروق ، لأن هذا الشيء دخل في حيازة السارق حكما ، ولو لم يضع يده عليه فعلا ، وصاحب اليد المعترضة لا يغير من هذا الحكم - عندهم - لأن اليد المعترضة لا تحوز المسروق إلا بعد دخوله في حيازة السارق (١).

ويقام الحد على السارق أيضا - عند المالكية والشافعية والحنابلة - إذا رمي الشيء المسروق خارج الحرز ، ثم تعذر عليه الخروج لأخذه ، بأن تم ضبطه داخل الحرز أو منع من الخروج منه ، لأنه دخل في حيازته حكما بمجرد خروجه من حيازة المسروق منه ، والحيازة الحكمية تكفي لاعتبار الأخذ تاما كالحيازة الفعلية سواء بسواء(٢). ولئن كان الإمام مالك تردد في إقامة الحد على السارق إذا ضبط في الحرز ، بعد أن أخرج المسروق وقبل أن يخرج لأخذه ، إلا أن المذهب على إقامة الحد ، كما قال ابن عرفه (٣): " والمدار في القطع على إخراج النصاب من الحرز، خرج منه السارق إذا دخل أم لا ،حتى ان السارق لو أخرج النصاب من الحرز ،ثم عاد به فأدخله ، قطع " .

وقد اتفق المالكية والشافعية والحنابلة مع جمهور الحنفية على أن : من يهتك الحرز ، ويدخله ، ويأخذ منه شيئا يفسد بالإتلاف ، ثم يتلفه وهو داخل الحرز ، فلا يقام عليه الحد ، لأن فعله هذا يعتبر استهلاكا ، لا سرقة ، وعليه الضمان والتعزير.

----

(١) شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٩٨ . أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٣٨ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٥٩ .

(٢) مواهب الجليل ، ج ٦ ص ٣٠٨ . أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٣٨، ١٤٧ . المغني السابق ، نفس الموضع .

(٣) حاشية الدسوقي ، ج ٤ ص ٣٣٨.

أما إذا أتلف بعضه داخل الحرز ، وأخرج البعض الآخر منه ، وكانت قيمة ما أخرجه تساوي النصاب ، فإنه يعتبر سارقا ويقام عليه الحد ، لتحقق الأخذ بهتك الحرز وإخراج النصاب منه (١) . ولكنهم اختلفوا في حكم من يتلف وهو داخل الحرز شيئا لا يفسد بالإتلاف ، كأن يبتلع دينارا أو جوهرة ، ثم يخرج من الحرز . فذهب المالكية إلى أن الابتلاع في هذه الحالة يعتبر أخذا تاما ، كأنه وضع المسروق في وعاء وخرج به ، ولهذا يقام عليه الحد ، قولا واحدا (٢) . وذهب الشافعية إلى إعتبار الفعل إتلافا ، إذا لم يخرج المسروق من جوفه بعد ابتلاعه ، ومن ثم لا يقام عليه الحد، لأنه استهلكه داخل الحرز ، فصار كأكل الطعام . أما إذا خرج المسروق من جوفه بعد ابتلاعه ، ففي وجه : يقام عليه حد السرقة ، لأن المسروق باق بحاله لم يفسد، فأشبه ما إذا أخرجه في فيه أو في وعاء . وفي وجه آخر : لا يجب الحد ، لأنه صار بالابتلاع في حكم المستهلك وللمالك أن يطالب بالقيمة في الحال (٣) . ولدى الحنابلة روايتان : أولاهما تعتبر الفعل إتلافا في كل حال ، فلا قطع ، بل يجب الضمان ، والأخرى : تعتبر الفعل إتلافا ، إذا لم يخرج المسروق من جوف من ابتلعه ، ومن ثم لا يقام عليه الحد ، وتعتبره سرقة إذا خرج من جوفه بعد الابتلاع ، وكأنه أخرجه في جيبه ، ومن ثم يقام عليه حد السرقة (٤) .

---

(١) شرح الخرشي ، ج ٨ ص ٩٧ . المهذب ، ج ٢ ص ٢٩٧. المغني ، ج١٠ ص ٢٦١ .

(٢) شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٩٩ . الشرح الكبير للدردير ، ج ٤ ص ٣٣٨.

(٣) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٨٤ . المهذب ، ج ٢ ص ٢٩٧ .

(٤) المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٦١ .

٤ - الشـروع في الأخـذ:

شَرَعَ في الأمر ، يَشْرَعُ ، شرُوعاً : أخذ فيه (١) · وشرع في الأمر : أي خاض (٢) · ويقال شرعت الإبل الشريعة : إذا وردته فكرعت فيه((٣) · ولا يخرج المعنى في الاصطلاح عن هذا · وحينئذ يعتبر شروعا في السرقة : كل فعل يمكن أن يؤدي إلى سرقة ، ولكن السرقة لم تكتمل معه ، وذلك كالوسائل المؤدية إلى هتك الحرز ، أو أخذ الشيء دون علم المأخوذ منه ورضاه ، أو إخراج الشيء المسروق من حرزه ، ومن حيازة المسروق منه ، دون أن يدخل في حيازة الآخذ، أو إخراج ما دون النصاب · أما إذا تمت السرقة ، فإن الحد يقام على السارق باعتباره قد ارتكب جريمة موجبة للحد شرعا ، وذلك دون نظر إلى كل فعل بمفرده من الأفعال التي كونت السرقة ·

حكم الشـروع في السـرقـة:

من المقرر في الشرع الإسلامي : أن كل معصية ينجم عنها عدوان على حق إنسان أو على حق الأمة فإن مرتكبها يخضع للحد أو للتعزير أو للكفارة ، وحيث أن الحدود والكفارات محددة شرعا ، فكل معصية لاحد فيها ولا كفارة يمكن أن يعاقب مرتكبها على وجه التعزير ، باعتبار أنه أتى جريمة كاملة ، بغض النظر عن كون فعله يعتبر شروعا في جريمة أخرى (٤) ·

---

(١) المصباح المنير ·

(٢) مختار الصحاح ·

(٣) الزاهر ، ص ٤٢١ ·

(٤) المبسوط ، ج ٩ ص ٣٦ ، مواهب الجليل ، ج ٦ ص ٣٢٠· قليوبي وعميرة ، ج٤ ص ٢٠٥· كشاف القناع ، ج ٤ ص ٧٢ ·

وعلى ذلك جمهور الفقهاء ، فإنهم يمنعون إقامة الحد إذا لم تتم السرقة ، ولكنهم يوجبون التعزير على من يبدأ في الأفعال التي تكون بمجموعها جريمة السرقة ، ليس باعتباره شارعا في السرقة ، ولكن باعتباره مرتكبا لمعصية تستوجب التعزير(١) . وقد روي عن عمرو بن شعيب : أن سارقا نقب خزانة المطلب بن أبي وداعة ، فوجد بها قد جمع المتاع ولم يخرج به . فأتى به إلى ابن الزبير ، فجلده ، وأمر به أن يقطع . فمر بابن عمر ، فسأل ، فأخبر ، فأتى ابن الزبير ، فقال : أمرت به أن يقطع ؟ فقال : نعم ، فقال : فما شأن الجلد ؟ قال : غضبت : فقال ابن عمر : ليس عليه قطع حتى يخرج من البيت ، أرأيت : لو رأيت رجلا بين رجلي امرأة لم يصبها ، أأنت حاده ؟ قال : لا (٢) .

وجمهور الفقهاء : على أن الشروع في السرقة ليس له عقوبة مقدرة ، وإنما تطبق فيه القواعد العامة للتعزير . ومع ذلك فقد نقل الماوردي عن أبي عبد الله الزبيري قوله : إن " تعزير كل ذنب مستنبط من حده المشروع فيه " ، وعلى ذلك فإنه يقدر التعزير بسرقة مالا يجب فيه القطع على النحو الآتي :" إذا سرق نصابا من غير حرز ، ضرب أعلى التعزير ، خمسة وسبعين سوطا . وإذا سرق من حرز أقل من نصاب ، ضرب ستين سوطا . وإذا سرق أقل من نصاب من غير حرز ، ضرب خمسين سوطا . فإذا جمع المال في الحرز واسترجع منه قبل إخراجه ، ضرب أربعين سوطا. وإذا نقب الحرز ودخل ولم يأخذ ، ضرب ثلاثين سوطا . وإذا نقب الحرز ولم يدخل ضرب عشرين سوطا . وإذا تعرض للنقب أو لفتح باب ولم يكمله ، ضرب

---

(١) المبسوط ، ج ٩ ص ١٤٧ - حاشية الدسوقي ، ج ٤ ص ٣٠٦. الأحكام السلطانية للماوردي ، ص ٢٣٧ . الأحكام السلطانية لأبي يعلى ، ص ٢٨١.

(٢) أورده ابن حزم في المحلى ، ج ١١ ص ٣٢٠ .

عشرة أسواط . وإذا وجد معه منقب، أو كان مراصدا للمال يحقق . ثم على هذه العبارة فيما سوى هذين " . وقد عقب الماوردي على عبارة الزبيري بقوله " وهذا الترتيب - وإن كان مستحسنا في الظاهر - فقد تجرد الاستحسان فيه عن دليل يتقدر به " (١).

ومثله ما ذكره القاضي أبو يعلى الفراء :" فإن سرق من حرز مثله أقل من نصاب، أو سرق نصابا من غير حرز ، غرم مثليه . وقد نص على ذلك في سرقة الثمار المعلقة. وقال أيضا - في رواية ابن منصور - في الضالة المكتومة: إذا أزلت عنه القطع ، فعليه غرامة مثلها . وإن جمع المتاع في الحرز واسترجع منه قبل إخراجه ، أو نقب الحرز ودخل ولم يأخذ ، أو نقب الحرز ولم يدخل ولم يأخذ ، أو تعرض للنقب أو ليفتح بابا ولم يفعل ، عزر أدنى الحدود ولم يبلغ به (٢) .

٥ - الاشتراك في الأخذ:

يفرق الفقهاء في مسائل الاشتراك في السرقة بين الشريك المباشر والشريك بالتسبب(٣) . فأما الشريك المباشر فهو الذي يباشر أحد الأفعال التي تكوّن الأخذ التام ، وهي : إخراج المسروق من حرزه ومن حيازة المسروق منه وإدخاله في حيازة السارق .وأما الشريك بالتسبب فهو الذي لا يباشر أحد هذه الأفعال المكونة للأخذ المتكامل ، وإنما يقتصر فعله على مد يد العون للسارق ، بأن يرشده إلى مكان

---

(١) الأحكام السلطانية ، ص ٢٣٧ .

(٢) الأحكام السلطانية ، ص ٢٨١ .

(٣) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٦ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٩٦ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٢١. كشاف القناع ، ج ٤ ص ٧٩.

المسروقات ، أو بأن يقف خارج الحرز ليمنع استغاثة الجيران ، أو لينقل المسروقات بعد أن يخرجها السارق من الحرز . ولا يقام الحد إلا على المباشر ، أما المتسبب فإنه يعزر(١) .

ويبدو من كلا م الفقهاء في الاشتراك : أنهم يميزون بين الشريك والمعين فيعتبرون أن الشريك هو الذي يقوم مع غيره بعمل من الأعمال المكونة للسرقة ، وخاصة هتك الحرز ، وإخراج المسروق من حيازة المسروق منه ، وإدخاله في حيازة السارق ، أما المعين فهو من يساعد السارق ، في داخل الحرز أو في خارجه ، ولكن عمله لا يصل إلى درجة يمكن معها نسبة السرقة إليه . وكان هذا أساس اختلافهم في تطبيق الحد على بعض الشركاء دون بعض . وذلك على الوجه الآتي :

١ - الحنفيـــة:

يرى الحنفية أن كل من دخل الحرز يعتبر شريكا في السرقة، سواء قام بعمل مادي، كأن وضع المسروق على ظهر زميله فأخرجه من الحرز ، أو قام بعمل معنوي ، كأن وقف للمراقبة أو للإشراف على نقل المسروق من الحرز . وفي هذه الحالة يقام الحد على الجميع إذا بلغ نصيب كل منهم نصابا ، أما إذا كانت قيمة المسروق لا تكفي ليصيب كل واحد نصابا ، فلا يقام الحد ، بل ينتقل إلى التعزير (٢) . وينطبق نفس الحكم على الشركاء إذا أخرج بعضهم ما قيمته نصابا فأكثر ، وأخرج البعض الآخر ما قيمته دون النصاب ، فإذا بلغت قيمة المسروق ما يكفي لأن يخص كل واحـد

----

(١) قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٤ : " الحد إنما يجب بالمباشرة ، دون السبب" .

(٢) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٦ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٢٥ . الفتاوي الهندية ، ج ٢ ص ١٧١ .

منهم نصابا ، قطعوا جميعا ، وإن لم يبلغ حظ كل واحد نصابا ، قطع من أخرج نصابا ، وعزر الآخرون (١) .

أما إذا دخل الحرز أحد الشريكين ، وبقى الآخر خارجه ، ثم أخرج من بالداخل يده بالمسروق إلى خارج الحرز فتناولها شريكه ، فإن أبا حنيفة يرى أن الأخذ غير تام بالنسبة للداخل ، لأنه أخرج المسروق من الحرز ومن حيازة المسروق منه ، ولكنه لم يدخله في حيازة نفسه ، بل في حيازة الخارج ، فلا يقام عليه الحد . ويرى كذلك أن الأخذ غير تام بالنسبة للخارج ، لأنه وإن كان المسروق دخل في حيازته ، إلا أنه لم يخرجه لا من حرزه ولا من حيازة المسروق منه ، فلا يقام عليه الحد أيضا (٢) . ويتفق أبو يوسف ومحمد مع الأئمة الثلاثة في أن الأخذ تام بالنسبة للداخل دون الخارج ، لأن المسروق دخل في حيازته ، حيث أقام شريكه الخارج مقامه عندما سلمه المسروق (٣) . وتفصيل الحكم في الصور التي يمكن حدوثها يبني على مسألة ((الهتك المتكامل)) ومسألة ((اليد المعترضة)) التي سبق بيانهما (٤).

٢ - المالكيـــة :

ذهب جمهور المالكية إلى أن صفة الشريك تطلق على من يعين السارق إذا قام بعمل مادي لا بد منه لإخراج المسروق من الحرز ، سواء حدثت الإعانة وهو في داخل الحرز ، بأن وضع المسروق على ظهر زميله فأخرجه من الحرز ، أو حدثت وهو في

----

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٨ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٢٥ . المبسوط ، ج ٩ ص ١٤٣ .

(٢) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٥ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٤٣ .

(٣) مواهب الجليل ، ج ٦ ص ٣١٠ . المهذب ، ج ٤ ص ٢٩٧ . كشاف القناع ، ج ٤ ص ٨٠ .

(٤) انظر فيما سبق ، ص ٦١ ومابعدها .

خارج الحرز ، بأن مد يده داخل الحرز وأخذ المسروق من يد زميله الذي في الداخل، بحيث تصاحب فعلاهما في حال الإخراج ، أو بأن يربط الداخل المسروق بحبل ونحوه فيجره الخارج ، بحيث لا يعتبر الداخل مستقلا بالإخراج (١) . أما إذا كانت الإعانة بأمر معنوي، كأن يدخل الحرز أو يبقى خارجه ليحمي السارق أو يرشده إلى مكان المسروق ، فلا يعتبر شريكا في السرقة ، ومن ثم فلا حد عليه بل يعزر(٢) .

فإذا ثبت أن المسروق لم يخرج إلا بعمل جماعي ، وجب إقامة الحد على كل من شارك في هذا العمل ، إذا بلغت قيمة المسروق نصابا واحدا ، سواء باشر السرقة، بأن تعاون مع زميله في حمل المسروق حتى خرجا به من الحرز ، أو لم يباشرالسرقة ، بان وضع المسروق على ظهر صاحبه فخرج به وحده ، مادام كل واحد لا يمكنه أن يستقل بإخراج المسروق . أما إذا لم تقم ضرورة للتعاون، بأن استقل كل واحد بإخراج بعض المسروق ، فلا يقام الحد إلا على من أخرج نصابا كاملا ، وذلك لعدم ظهورالتعاون الذي لا بد منه لإثبات الاشتراك في السرقة (٣) .

٣ - الشافعية :

ذهب الشافعية إلى أن صفة الشريك لا تطلق إلا على من قام بفعل مباشر مع غيره ، ترتب عليه إخراج المسروق من الحرز ، كأن يتعاون السارقون في حمل شيء ثقيل ويخرجونه من الحرز ، أو يحمل كل واحد منهم شيئا ويخرج به . وفي هذه

---

(١) شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ١٠٦ . المدونة ، ج ١٦ ص ٧٣.

(٢) شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٩٦ . المدونة ج ١٦ ص ٦٨ / ٦٩ .

(٣) الموطأ ، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، ط . الحلبي ج ٢ ص ٨٣٧ . تفسير القرطبي ، ج ٣ ص ١٦٣ . بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٤٨

الحالة ينطبق وصف السارق على كل واحد ، ولكن يظهر أثر الاشتراك في إقامة الحد عليهم جميعا ، إذا خص كل واحد منهم نصابا من قيمة ما أخرجوه ، دون نظر إلى قيمة ما أخرجه كل منهم (١) . أما إذا كان كل سارق يستقل بفعله وقصده عن الآخرين ، فلا اشتراك بينهم ، ولا يقام الحد إلا على من يخرج نصابا كاملا ، ويعزر الآخرون (٢) .

ولا يعتبر شريكا - عند الشافعية - من يعين السارق ، سواء قام بعمل مادي أو معنوي ، وسواء حدثت الآعانة من داخل الحرز أو من خارجه ، فلا يقام عليه حد السرقة ،بل يعزر (٣) .

٤ - الحنابلـــــة:

يرى الحنابلة إطلاق صفة الشريك على من يعين السارق بفعل مادي أو معنوي ، قام به وهو داخل الحرز أو كان خارجه . فإذا بلغت قيمة المسروق نصابا واحدا ، أقيم الحد على كل من اشترك في السرقة ، سواء كان الاشتراك في الإخراج ، أو كان بإخراج البعض وإعانة البعض الآخر ، وسواء حدثت الإعانة من الداخل أو من الخارج ، بفعل مادي كالإعانة على حمل المسروق ، أو بفعل معنوي كالإرشاد إلى مكان المسروق ، أو لم يأت بعمل ما ، كمن دخل الحرز مع السارق لتنبيهه إذا انكشف أمره لأن فعل السرقة يضاف إلى كل واحد منهم (٤) .

---

(١) مغني المحتاج ،ج ٤ ص ١٦٠ .المهذب ، ج ٢ ص ٢٤٩ ، ٢٩٧ . نهاية المحتاج ،ج ٧ ص٤٢١

(٢) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٣٨ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٢١ .

(٣) نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٥٨ .

(٤) كشاف القناع ، ج ٤ ص ٧٩ .المغني،ج ١٠ص ٢٩٥/٢٩٦ . الافصاح لابن هبيرة ص٣٦٣ .

إثبـــات الســـــرقـــة

اتفق الفقهاء على أن السرقة تثبت بالاقرار أو بالبينة (١) . وعند بعضهم : أن السرقة قد تثبت باليمين المردودة (٢) ، وعند بعض آخر جواز اثباتها بالقرائن (٣).

أولا: الاقـــرار (٤):

تثبت السرقة باقرار السارق إذا كان مكلفا بأن كان بالغا عاقلا ، على التفصيل الذي سبق إيراده (٥) .

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن السارق يجب أن يكون مختارا في إقراره ، فإن أكره على الاقرار بحبس أو ضرب أو نحوهما ، فلا يعتد بهـــذا الاقـــرار (٦).

----

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٤٦ ، ٨١ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢١٩ . مواهب الجليل ، ج ٦ ص ٣٠٦ . بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٤٤. مغني المحتاج ج ٤ ص ١٧٥ ، ١٧٦ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤١٨ . كشاف القناع ، ج ٦ ص ١١٧. المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٨٩/٢٩٠ .

(٢) قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٦ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٤١.

(٣) الطرق الحكمية ، ص ٣ - ١٧ .

(٤) أنظر في تعريف الإقرار ، وحكمه ، وأثره ، وحجيته ، وأركانه ، وشروط كل ركن وفي الرجوع عنه : الموسوعة الفقهية ، مصطلح " إقرار" ج ٦ ص ٤٦ -٧٩ .

(٥) أنظر فيما سبق : ص ٨ ومابعدها .

(٦) المبسوط ، ج ٩ ص ١٨٤ . مواهب الجليل ، ج ٥ ص ٢١٦. قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٦ نيل المآرب ، ج ٢ ص ٢٨٠ .

وقد أفتى بعض المتأخرين بصحة إقرار السارق مع الاكراه لأن السرّاق قد غدوا لا يقرون طائعين (١) . وقيد بعضهم قبول إقرار السارق المكره بوجود المسروق عنده ، لتكون إقامة الحد مبنية على وجود المسروق معه ، لا على الاقرار الذي أكره عليه (٢) .

ويشترط الحنفية أن يكون المقر بالسرقة ناطقا ، ولهذا فإنهم لا يعتدون باشارة الأخرس ، ولو كانت مفهمة ، لاحتمال إشارته الاقراروغيره ، وهذا يورث شبهة تدرأ عنه الحد(٣) . ويرى الجمهور صحة إقراره ، إن كانت إشارته مفهمة قبل هذا الإقرار(٤) .

ولا يكون الإقرار كافيا لإقامة الحد ، إلا إذا كان صريحا وتبين القاضي منه توافر أركان السرقة ، بحيث لا تبقى معه أي شبهة (٥) .

واشترط جمهور الفقهاء أن يصدر الإقرار عند من له ولاية إقامة الحد ، فلا يعتد بالإقرار الصادر عند غيره ، ولا بالإقرار قبل الدعوى (٦) .

---

(١) المبسوط ، ج ٩ ص ١٨٤ / ١٨٥ .

(٢) اعلام الموقعين ، ج ص ١١ .

(٣) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٤٩ . شرح فتح القدير ، ج ٥ ص ٢١٨ .

(٤) المغني ، ج ٨ ص ١٩٥/١٩٦ .

(٥) الفتاوي الهندية ، ج ٢ ص ١٧١. شرح الزرقاني ، ج ٨ ، ص ٩٧. أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٥٠ . كشاف القناع ج ٦ ص ١١٧ .

(٦) ابن عابدين ، ج ٣ ص ١٩٦ . بدائع الصنائع ، ج ٦ ، ص ٢٧٧ .

وقد اختلف الفقهاء في عدد مرات الإقرار التي توجب إقامة حد السرقة : فالحنفية ما عدا أبا يوسف ، ومالك في رواية عنه ، والشافعية وعطاء ، والثوري ، يكتفون بإقرار السارق مرة واحدة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قطع سارق خميصة صفوان وسارق المجن (١) ، ولم ينقل أن أحدهما تكرر منه الإقرار ، ولأن الإقرار بالحقوق يكتفي بايراده مرة واحدة ، ولأن الإقرار إخبار ترجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب ، فلن يزيده التكرار رجحانا (٢) . أما أبو يوسف ، وزفر ، ومالك في رواية أخرى ، والحنابلة ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، فإنهم يوجبون صدور الإقرار مرتين ، في مجلسين مختلفين ، فإن أقر السارق مرة واحدة ، لا يقام عليه الحد، وإنما يعزّر ويجب عليه الضمان . لأن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف ، ولم يوجد معه متاع ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم {{ ماإخالك سرقت }} ، قال : بلى يارسول الله ، فأعادها النبي صلى الله عليه وسلم مرتين أو ثلاثا ، ولم يقطعه إلا بعد أن تكرر إقراره ، فلو كان القطع يجب بالإقرار مرة واحدة لما أخّره النبي صلى الله عليه وسلم (٣) .

وكذلك اختلفوا في اشتراط الخصومة مع الإقرار: فالحنفية ماعدا أبا يوسف ، والشافعية ، والحنابلة ، يشترطون لقبول الاقرار مطالبة من له حق المطالبة بالمسروق ،

----

(١) حديث قطع سارق خميصة صفوان ، رواه الخمسة إلا الترمذي ، ورواه كذلك أحمد والنسائي .
وحديث قطع سارق المجن متفق عليه . سبل السلام ، ج ٤ ص ٢٠ ، ٢٦.

(٢) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٨٢ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ١٠٦ . قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٦ . المغني ، ج ١٠ ص ٢٩١ . نيل الأوطار ، ج ٧ ص ١٥١.

(٣) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٨٢/٨١ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ١٠٦ . كشاف القناع ، ج ٦ ص ١١٧ . المغني ج ١٠ ص ٢٩١ . نيل الأوطار ، ج ٧ ص ١٥٠ .

لأن عدم مطالبته يورث شبهة تدرأ الحد ، وبناء على ذلك : لا يقام الحد على من أقر بسرقة مال من مجهول أو من غائب(١) .

ويرى أبويوسف ، والمالكية ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وابن أبي ليلى ، عدم توقف إقامة حد السرقة على دعوى المسروق منه ، لعموم آية السرقة وعدم وجود مايصلح مخصصا لهذا العموم ، وبناء على ذلك : يقام الحد على من يقر بسرقة نصاب من مجهول أو غائب إذا ثبتت السرقة لأن المقر لا يتهم في الإقرار على نفسه (٢).

ثانيا: البينـــــة :

تثبت السرقة بشهادة رجلين تتوافر فيهما شروط تحمل الشهادة وشروط أدائها (٣) . وعلى ذلك يجب أن يكون الشاهد وقت الأداء ذكرا ، مسلما ، بالغا عاقلا ، حرا ، بصيرا ، ناطقا ، عدلا ، مختارا .

فلا يقام حد السرقة بشهادة النساء منفردات أو مع رجال ، وإن كان يثبت بهذه

---

(١) بدائع الصنائع ،ج ٧ ص ٨٢ .أسنى المطالب ،ج ٤ص ١٥٢ .كشاف القناع ،ج ٦ ص ١١٨ .

(٢) المبسوط ، ج ٩ ص ١٤٤ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ١٠٦ . المغني ، ج ١٠ ص ٢٩٩ . شرح الهروي على الكنز ، ج١ ص ٢٩٠ .

(٣) يرجع في تفصيل أحكام الشهادة إلى مصطلح " شهادة " وإلى ما يأتي : تكملة فتح القدير ، ج ٦ ص ١١. الدسوقي والشرح الكبير ، ج ٤ ص ١٤٦. حاشية الجمل على شرح المنهج ، ج ٥ ص ٣٧٧ . كشاف القناع ، ج ٦ ص ٣٢٨. المغني ، ج ١٠ ص ٢٨٩/٢٩٠ .

الشهادة ملكية المسروق (١) . ولا بد من شهادة رجلين ، فلا تقبل شهادة رجل واحد ، ولو مع يمين المسروق منه (٢).

والأصل : أن يكون الشاهد مسلما ، سواء كانت الشهادة على مسلم أو على غير مسلم ، لقوله تعالى :{{ واستشهدوا شهيدين من رجالكم }}(٣) ، وقوله {{ وأشهدوا ذوي عدل منكم }} (٤) . وعلى هذا الأصل جرى مذهب المالكية والشافعية والرواية المشهورة في مذهب أحمد (٥) . ولكن الحنفية أجازوا قبول شهادة الذميين بعضهم على بعض ، وإن اختلفت مللهم ، وقبول شهادة الحربيين على أمثالهم، وأما المرتد فلا تقبل شهادته مطلقا (٦) . وقد رجح ابن تيمية وابن القيم الرواية الضعيفة في مذهب أحمد ، فأجازوا قبول شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض ، رعاية للمصلحة وتحقيقا للعدالة (٧) .

ولا خلاف بين الفقهاء ، في أن حد السرقة لا يقام بشهادة الصبي أو المجنون أو المعتوه أو السكران ، لحديث :{{ رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن

---

(١) ابن عابدين ، ج ٣ ص ١٩٦ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ١٠٦ . قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٧ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص٢٨٩ .

(٢) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٨١ . بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٤٤ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٤٣ . كشاف القناع ج ٦ ص ١١٧ .

(٣)سورة البقرة : ٢٨٢ .

(٤) سورة الطلاق : ٢ .

(٥) مواهب الجليل ، ج ٦ ص ١٥٠ . أسنى المطالب، ج ٤ ص ٣٣٩ . المغني ج ١٢ ص ٥٣ .

(٦) البحر الرائق ، ج ٧ ص ١٠٢ ، ١٠٤ . المبسوط ، ج ١٦ ص ١٣٣ - ١٣٥ .

(٧) الطرق الحكمية ، ص ١٧٦ - ١٨٢ .

النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق }}(١) . ولا بشهادة الأعمى ، لأن السرقة من الأمور التي يتوقف إدراكها على الابصار (٢) ، ولا يقبل الحنفية شهادة الأخرس ، سواء كانت إشارته مفهمة أو لا ، وسواء كان يستطيع الكتابة أو لا يستطيع (٣) . ويقبل المالكية شهادة الأخرس إذا عرفت إشارته (٤) ، ووافقهم في هذا بعض الشافعية ، غير أن بعضهم الآخر لم يقبل شهادته ، لأن إشارة الأخرس أقيمت مقام عبارته في موضع الضرورة ، ولا ضرورة هنا ، فالحدود تدرأ بالشبهات(٥) ، وعند الحنابلة : لا تقبل شهادة الأخرس بالإشارة مطلقا ، فأما إن كان يستطيع الكتابة ، فتقبل شهادته بها (٦) .

ولا خلاف بين الفقهاء في اشتراط عدالة الشهود ، لقوله تعالى :{{ وأشهدوا ذوي عدل منكم }}(٧) ، ولهذا لا تقبل شهادة الفاسق (٨) . واشترط الحنفيــة ألا

----

(١) الفتاوي الهندية ، ج ٢ ص ١٧٣ . مواهب الجليل ، ج ٦ ص ١٥٠ . المهذب ، ج ٢ ص ٣٤٢ المغني والشرح الكبير ، ج ١٢ ص ٢٧ ومابعدها . والحديث أخرجه النسائي وابن ماجه ، وأبو داود : ج ٤ ص ٥٥٨ - ٥٦٠ .

(٢) ابن عابدين ، ج ٦ ص ٢٧ . مواهب الجليل ، ج ٦ ص ١٥٤ . مغني المحتاج ج ٤ ص ٤٤٦ المغني ، ج ١٢ ص ٦٢/٦١ .

(٣) البحر الرائق ، ج ٧ ص ٨٥ .

(٤) مواهب الجليل ، ج ٦ ص ١٥٤ .

(٥) المهذب ، ج ٢ ص ٣٤٢ .

(٦) الاقناع ، ج ٤ ص ٤٣٧/٤٣٦ .

(٧) سورة الطلاق : ٢ .

(٨)بدائع الصنائع ، ج ٧ ص٨١. مواهب الجليل ، ج ٦ ص ١٥٠. المهذب، ج ٢ ص ٣٤٢. المغني ، ج ١٢ ص ٢٨ ومابعدها .

يكون الشاهد محدودا في قذف وإن تاب (١) ، لقوله عز وجل{{ ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا }} (٢) ، أما المالكية والشافعية والحنابلة فإنهم يقبلون شهادة المحدود في القذف بعد التوبة (٣) ، لأن الاستثناء إذا تعقب جملا ، عطف بعضها على بعض ، فإنه ينصرف إلى الكل ، وما دام قد ورد بعد آية القذف قوله تعالى {{ الا الذين تابوا}}، فإن شهادة المحدود بقذف تقبل بعد توبته (٤) .

ويشترط الفقهاء عدم قيام ما يمنع شرعا من قبول شهادة الشاهد، كصلة القرابة ، أو رابطة الزوجية ، أو وجود عداوة بين الشاهد والمشهود عليه ، كما يشترطون ألا تجر الشهادة إلى الشاهد مغنما ، أو تدفع عنه مغرما ، لأنه يصير متهما ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم {{ لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه ، ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت (٥) .

واشترط جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة أداء الشهادة بلفظ " أشهد " ،

---

(١) ابن عابدين ، ج ٦ ص ٢٩ . بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٤٨ .

(٢) سورة النور : ٣ .

(٣) المدونة الكبرى ، ج ١٣ ص ٩ . المهذب ، ج ٢ ص ٣٤٨ . المغني ، ج ١٢ ص ٧٤ .

(٤) الأم ، ج ٦ ص ٢١٤ و ج ٧ ص ٤٠ ، ٨٠ .

(٥) يراجع في تفصيل ذلك المراجع الآتية :

البحر الرائق ، ج ٧ ص ٨٧/٨٦ ، ٨٩ ، ٩٤ ، ١٠٧ . مواهب الجليل ، ج ٦ ص ١٥٤ ومابعدها . المهذب ، ج ٢ ص ٣٤٧ ومابعدها . المغني ، ج ١٢ ص ٥٥ ومابعدها . والحديث أخرجه أحمد من حديث عبد الله بن عمرو : ٢ / ٢٠٤ .

وإلا فلا تقبل(١) والراجح عند المالكية : صحة أداء الشهادة بلفظ : " أشهد " أو بأي لفظ يفيد معناه (٢) .

وأوجب جمهور الفقهاء أن تكون الشهادة عن علم ويقين ، وأن تؤدي بتفصيل يقنع القاضي بصحتها ويدرأ كل شبهة ، فيبين الشاهد ما هية السرقة ، وكيفيتها ، ومكانها ، وزمانها ، وقيمتها ، ويعين المسروق منه (٣) . فإذا اختلف الشاهدان في شيء من ذلك ، فلا يقام الحد (٤) .

وعند الحنفية والشافعية والحنابلة : لا تسمع الشهادة قبل دعوى المسروق منه ، أما المالكية وأبو ثور وابن المنذر فلا يشترطون المخاصمة (٥) .

وجمهور الفقهاء على أن الشهادة يجب أن تصدر في مجلس القضاء ، فإن صدرت خارج هذا المجلس فلا يعتد بها (٦) .

----

(١) لمزيد من التفصيل : شرح فتح القدير ، ج ٦ ص ١١ . قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٥٠ . كشاف القناع ، ج ٦ ص ٣٢٨ .

(٢) لمزيد من التفصيل : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٤ ص ٦٥ .

(٣) الفتاوي الهندية ، ج ٢ ص ١٧٣ . تبصرة الحكام ، ج ١ ص ٢٠٥ . المهذب ج ٢ ص ٣٥٥ كشاف القناع ، ج ٦ ص ١١٧ .

(٤) ابن عابدين ، ج ٣ ص ٢٦٩ . تبصرة الحكام ، ج ١ ص ٢٠٥ ومابعدها . مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٧٧ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٩١ .

(٥) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٨١ . أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٥٢ . كشاف القناع ، ج ٦ ، ص ١١٨ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ١٠٦ . المغني ، ج ١٠ ص ٢٩٩ .

(٦) ابن عابدين ، ج ٣ ص ١٩٦ .

وعند الحنفية - وفي رواية مرجوحة عند الحنابلة - لا تقبل الشهادة في حد السرقة ، إذا تقادم العهد بها ، لأن التأخير في الشهادة يورث تهمة ، وقد روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : أيما قوم شهدوا على حد ، ولم يشهدوا عند حضرته ، فإنما شهدوا على ضغن ، ولا شهادة لهم . أما المالكية ، والشافعية ، والحنابلة - في الرواية الراجحة - فلم يعترفوا بالتقادم ويقبلون الشهادة على السرقة في أي وقت ، مادام القاضي قد اقتنع بها (١) .

إذا توافرت الشروط المتقدمة ، أدى الشاهد شهادته على السرقة بدون يمين ، لأن لفظ الشهادة يتضمن اليمين ، ولأن تحليف الشاهد يتنافى مع إكرامه الذي أمر به النبي صلى الله عليه وسلم في قوله {{ أكرموا الشهود ، فإن الله يحيى بهم الحقوق }}(٢) . ويرى بعض الفقهاء ضرورة تحليف الشاهد اليمين ، للتأكد من صدقه ، ولما فيه من عموم المصلحة ، وتحليف الشاهد لا يتعارض مع أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بإكرامه ، لأنه لا ينطوي على إهانة له (٣) .

ثالثا - اليمين المردودة:

يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة أن حد السرقة لا يقام باليمين المردودة ، فإن ادّعى شخص على آخر سرقة يجب فيها القطع ، فأنكر المدعى عليه

----

(١) شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ١٦٢ . المدونة ، ج ٦ ص ٢٨٦ . مغني المحتاج، ج ٤ ، ص ١٥١ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ١٨٧ .

(٢) الحديث أخرجه الخطيب في تاريخه عن ابن عباس : ١٣٨/٦ ، ونقل ابن حجر عن العقيلي أن هذا الحديث غير محفوظ ، وصرح الصغاني بأنه موضوع ، التلخيص الحبير : ٤ / ١٩٨ .

(٣) الطرق الحكمية ، ص ١٤٢ / ١٤٣ .

السرقة ، فطلب المدعى منه أن يحلف لاثبات براءته ، فنكل عن اليمين ، ردت اليمين على المدعى ، فإن حلف أن المدعى عليه سرق ما ادعاه ثبت المال المسروق بهذه اليمين المردودة ، ولا يقام الحد إلا بالاقرارأو البينة (١) . أما الشافعية فالأصح عندهم أن السرقة تثبت بيمين المدعى المردودة ، فيثبت المال ويقام الحد ، لأن اليمين المردودة كالبينة أو كاقرار المدعى عليه ، وكل منهما يوجب القطع بلا خلاف . ومقابل الأصح : أن اليمين المردودة يثبت بها المال ، ولا يقام بها الحد ، لأن القطع في السرقة حق الله تعالى ، وهو لا يثبت إلا بالإقرار أو البينة . ومقابل الأصح هو المعتمد في المذهب ، كما جزم به النووي في الروضة والشرح الكبير للرافعي ، في الباب الثالث - في اليمين - من الدعاوي . وصاحب الحاوي الصغير ، في باب السرقة . ولذلك قال الأذرعي : إنه المذهب ، والصواب الذي قطع به جمهور الأصحاب . وقال البلقيني : انه المعتمد ، لنص الأم ، وفي المختصر : لا يثبت القطع إلا بشاهدين أو إقرار السارق (٢) .

رابعا - القرائن:

جمهور الفقهاء على أن حد السرقة لا يثبت إلا بالإقرار أو البينة . ويرى بعضهم جواز ثبوت السرقة ، ومن ثم إقامة الحد وضمان المال ، بالقرائن والأمارات إذا كانت ظاهرة الدلالة ، باعتبارها من السياسة الشرعية ، التي تخرج الحق من الظالم

---

(١) انظر : البحر الرائق ، ج ٧ ص ٢٤٠ . تبصرة الحكام ، ج ١، ص ٢٧٢ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٢ ص ١٢٤ ومابعدها .

(٢) قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٦ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٤١ . أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٥٠ . حاشية البحيرمي على حاشية المنهج ، ج ٤ ، ص ٢٣٥ . روضة الطالبين ، ج ١٠ ص ١٤٣ . مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٧٥ .

الفاجر . من هؤلاء : ابن القيم ، الذي أشار إلى أن كثيرا من العلماء قد انضم إلى هذا الرأي وذكر منهم : أبا الوفاء ابن عقيل ، وأصحاب مالك ، وأبا عبد الرحمن النسائي . وقد أورد ، تأييدا لرأيه ، عدة قضايا حكم فيها النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابةبناء على القرائن والأمارات، ثم خرج بالنتيجة الآتية : " فالشارع لم يلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال ، بل من استقرأ الشرع من مصادره وموارده وجده شاهدا لها بالاعتبار ، مرتبا عليها الأحكام (١).

----

(١)الطرق الحكمية ، ص ٣ - ١٧ .

حكم السرقة

لا خلاف في أن السرقة من المحرمات التي نهى عنها الله ورسوله ، لأنها تعتبر اعتداء على أحد الأصول الخمسة التي تكوّن بمجموعها مقصود الشرع من الخلق : الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال ، وتحريم تفويت هذه الأصول الخمسة ، والزجر عنها ، يستحيل ألا تشتمل عليه ملة من الملل أو شريعة من الشرائع التي أريد بها إصلاح الخلق (١) . ولهذا قال الله تعالى {{ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ، والله عزيز حكيم }} (٢) . وفي عناصر بيعة النساء ، قال جل شأنه : {{ يأيها النبي إذا جاءك المؤمنات يبايعنك على ألا يشركن بالله شيئا ولا يسرقن ولا يزنين ولا يقتلن أولادهن ولا يأتين ببهتان يفترينه بين أيديهن وأرجلهن ولا يعصينك في معروف فبايعهن واستغفر لهن الله ، إن الله غفور رحيم }}(٣) . وهي نفس العناصر التي بايع النبي صلى الله عليه وسلم عليها الرجال ، ليلة العقبة الأولى ، فعن عبادة بن الصامت : بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة العقبة الأولى [ألا نشرك بالله شيئا ، ولا نسرق ، ولا نزني ، ولا نقتل أولادنا ، ولا نأتي ببهتان نفتريه بين أيدينا وأرجلنا ، ولانعصيه في معروف] (٤) . وقد أكد النبي صلى الله عليه وسلم حرمة الاعتداء على مال الغير ،

---

(١) المستصفى ، ج ١ ص ٢٨٦ - ٢٨٨ .

(٢) سورة المائدة : ٣٨ .

(٣) سورة الممتحنة : ١٢ .

(٤) البخاري ومسلم . اللؤلؤ والمرجان : ١١١١

في حجة الوداع بقوله :{{ ..... إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم ، كحرمة يومكم هذا ، في شهركم هذا ، في بلدكم هذا ، إلى يوم تلقون ربكم }} (١) .

واستنادا إلى آية المائدة ، اتفق الفقهاء على أن عقوبة السارق قطع يده ، وهو الحد الذي أقامه النبي صلى الله عليه وسلم على من سرق في عهده ، كما تواترت الأخبار بذلك(٢) ، وأجمع عليه الخلفاء الراشدون ، دون اعتراض عليهم (٣) . ومع إقامة الحد أوجب بعض الفقهاء تعزير السارق ، وأوجب البعض الآخر ضمان المال المسروق إذا تلف .

أولا - الحـــد:

أ - إقامـــة الحـــد:

لاخلاف في أن حد السرقة : قطع اليد ، وإنما الخلاف في أمور تتعلق بمحل القطع ومقداره وكيفيته وتكرره مع تكرر السرقة ونحو ذلك .

---

(١) البخاري ومسلم . اللؤلؤ والمرجان : ١٠٩٤ .

(٢) أول سارق قطع في الإسلام : الخيار بن عدي بن نوفل بن عبد مناف (تفسير القرطبي، ج ٦ ص ١٦٠) . وقطع المخزومية ، التي شفع فيها أسامة بن زيد ، فأغضب بشفاعته النبي صلى الله عليه وسلم (البخاري ومسلم) . وقطع سارق صفوان بن أمية (رواه الخمسة إلا الترمذي) .

(٣) طرح التثريب ، بشرح التقريب ، ج ٨ ص ٢٣ .

١ - محـــل القطـــع:

من المتفق عليه عند فقهاء الحنفية (١) ، والمالكية (٢) ، والشافعية(٣)، والحنابلة (٤) : وجوب قطع اليد اليمنى ، إذا ثبتت السرقة الأولى . لما روي من أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع اليد اليمنى ، وكذلك فعل الأئمة من بعده (٥) ، ولقراءة عبد الله بن مسعود ((فاقطعوا أيمانهما))(٦) ((وهي قراءة مشهورة ، فكان خبرا مشهورا ، فيقيد إطلاق النص "(٧) ، ولو كان الإطلاق مرادا ، والامتثال للأمر في الآية يحصل بقطع اليمين أو الشمال ، لما قطع النبي صلى الله عليه وسلم اليمنى ، لما فيها من زيادة النفع ، جرياً على عادته صلى الله عليه وسلم في أنه : ما خير بين أمرين إلا أخذ أيسرهما ما لم يكن إثما (٨) .

فإذا كانت يد السارق اليمنى غير صحيحة ، بأن كانت شلاء أو ذهب أكثر أصابعها ، فقد اختلف الفقهاء في محل القطع :

فالحنفية يرون أن القطع يتعلق أولا باليد اليمنى ، لعموم آية السرقة فإنها لم تفرق بين الصحيحة وغيرها ، ولأنه إذا تعلق الحكم بالسليمة فإنها تقطـــع ، فلأن

----

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٨٦ . شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٤٧ .

(٢) الخرشي علي خليل ، ج ٨ ص ٩٢ . حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ، ج ٤ ص ٣٣٢.

(٣) المهذب ، ج ٢ ص ٣٠٠ . مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٧٧ . نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٤٣.

(٤) كشاف القناع ، ج ٦ ص ١١٨ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٦٤ .

(٥) الجامع لأحكام القرآن ، ج ٦ ص ١٦٠ .

(٦)تفسير الطبري ، ج ٦ ص ٢٢٨.

(٧) شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٤٧ .

(٨) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ، رقم ١٥٠٢ ص ٦١٣ .

تقطع المعيبة من باب أولى (١) ٠

ويرى المالكية أن قطع المعيبة لايجزىء ، لأن مقصود الحد إزالة المنفعة التي يستعان بها على السرقة ، والشلاء ومافي حكمها لا نفع فيها فلا يتحقق مقصود الشرع بقطعها ، لأن منفعتها التي يراد إبطالها باطلة من غير قطع ٠ ولذلك ينتقل القطع إلى الرجل اليسرى (٢) ٠

أما الشافعية فإنهم يفصلون القول في قطع اليد اليمنى إذا كانت معيبة على النحو التالي : يجزىء في حد السرقة قطع اليد اليمنى إذا كانت شلاء ، إلا إذا خيف من قطعها ألا يكف الدم ، فلو قرر أهل الخبرة أن عروقها لن تنسد وأن دمها لن يجف فلا تقطع ، وينتقل بالقطع إلى الرجل اليسرى أما إذا كانت اليد اليمنى قد ذهب بعض أصابعها ، فإنهم متفقون على أنه يجزىء قطعها ، ولو كان بها إصبع واحد٠ فإذا نقصت الأصابع كلها ، فالأصح عندهم : الاكتفاء بقطعها ، لأن اسم اليد يطلق عليها مع نقصان الأصابع كلها ، والقول الثاني في ناقصة الخمس : أنها لا تجزىء في تمام الحد ، فلا تقطع ، وينتقل إلى الرجل اليسرى (٣) ٠

وعند الحنابلة رايتان : تكتفي أولاهما بقطع اليد اليمنى ولو كانت شلاء، إذا رأى أهل الخبرة أنها لو قطعت رقأ دمها وانحسمت عروقها ، والرواية الأخرى : تمنع قطع اليد الشلاء، لأنها لا نفع فيها ولا جمال لها ، وينتقل القطع إلى الرجل اليسرى٠

---

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٨٧ ٠ حاشية ابن عابدين ، ج ٣ ص ٢٨٥ ٠

(٢) شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٩٢ / ٩٣ ٠

(٣) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٥٢/١٥٣٠ المهذب ، ج ٢ ص ٢٨٣ ٠

وفي المذهب رأيان ، إذا كانت اليد اليمنى مقطوعة الأصابع ، يذهب أولهما : إلى الاكتفاء بقطع اليد اليمنى ولو ذهبت كل أصابعها . ويذهب الآخر : إلى عدم الاكتفاء بقطع اليمنى إذا ذهب معظم نفعها ، لأنها تكون في حكم المعدومة ، وينتقل القطع إلى الرجل اليسرى (١) .

واختلف الفقهاء فيما لو تعلق القطع باليد اليمنى ، وكانت اليد اليسرى قد ذهبت منفعتها ، أو كانت مقطوعة في قصاص أو بآفة سماوية ، فعند الحنفية لا تقطع اليد اليمنى ، لأن قطعها يؤدي إلى تفويت منفعة الجنس كلية، والحد إنما شرع زاجرا لا مهلكا(٢). وبهذا قال الإمام أحمد ، في إحدى الروايتين عنه (٣) . والرواية الأخرى تتفق مع ما قال به المالكية (٤) والشافعية (٥) من وجوب القطع في هذه الحالة ، لأن اليد اليسرى محل للقطع أيضا إذا تكررت السرقة . ولا يختلف الحكم إذا تعلق القطع بالرجل اليسرى ، وكانت الرجل اليمنى قد قطعت أو ذهبت منفعتها.

واختلفوا كذلك فيما لو تعلق القطع باليد اليمنى ، وكانت مقطوعة : فذهب الحنفية إلى انتقال القطع إلى الرجل اليسرى إذا كان ذهاب اليد اليمنى قد حدث قبل السرقة ، أو بعدها وقبل المخاصمة ، لأن الحد لم يتعلق بالعضو الذاهب ، فلا يسقط

----

(١) كشاف القناع ، ج ٤ ص ٨٨/٨٧. المغني ، ج ١٠ ص ٢٦٩/٢٦٨.

(٢) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٨٧ .

(٣) الإقناع ، ج ٤ ص ٢٨٦.

(٤) شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٩٣/٩٢ .

(٥) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٥٣/١٥٢ .

بذهابه . بخلاف ما لو ذهبت اليد اليمنى بعد المخاصمة وقبل القضاء ، أو بعد المخاصمة والقضاء ، فلا ينتقل الحد إلى الرجل اليسرى ، بل يسقط ، لأن المخاصمة تؤدي إلى تعلق القطع باليد اليمنى ، فإذا ذهبت سقط الحد لذهاب محله (١) .

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) إلى انتقال القطع إلى الرجل اليسرى إذا ذهبت اليد اليمنى قبل السرقة وإلى سقوط الحد إذا ذهبت بعد السرقة ، سواء كان ذهابها قبل الخصومة أو بعدها ، وقبل القضاء أو بعده ، بآفة أو جناية أو قصاص لأنه بمجرد السرقة تعلق القطع باليد اليمنى ، فإذا ذهبت زال ما تعلق به القطع فسقط .

٢ - **موضع القطع ومقداره:**

ذهب بعض الفقهاء إلى أن موضع القطع من اليد : المنكب ، لأن اليد اسم للعضو من أطراف الأصابع إلى المنكب (٥) . وذهب بعضهم إلى أن موضع القطع : مفاصل الأصابع التي تلي الكف (٦) . ولكن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم يرى أن قطع اليد يكون من الكوع ، وهو مفصل الكف ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قطع يد السارق من الكوع ، ولقول أبي بكر وعمر

---

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٨٨ .

(٢) حاشية الدسوقي ، ج ٤ ص ٣٧٤ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ١٠٨ .

(٣) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٥٣ . مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٧٩ .

(٤) كشاف القناع ، ج ٤ ص ١٤٨ . المغني ، ج ١٠ ص ٢٦٩ .

(٥) المبسوط ، ج ٩ ص ١٣٣ .

(٦) بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٤٣ .

رضي الله عنهما : إذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع (١) .

وموضع قطع الرجْل هو مفصل الكعب من الساق ، فعل ذلك عمر رضي الله عنه ، وذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية وغيرهم ، وهو رواية عن الإمام أحمد (٢) . والرواية الأخرى عنه : أن موضع القطع : أصول أصابع الرجل ، وبهذا قال بعض الفقهاء ، لما روي من أن الإمام عليا كان يقطع من شطر القدم ، ويترك للسارق عقبه يمشي عليها (٣) .

٣ - كيفية القطــع:

من المتفق عليه بين الفقهاء مراعاة الإحسان في إقامة الحد ، لقوله صلى الله عليه وسلم :{{ لا تكونوا أعوانا للشيطان على أخيكم }} (٤) . وعلى ذلك : ينبغي أن يتخيرالحاكم الوقت الملائم للقطع ، بحيث يجتنب الحر والبرد الشديدين ، إن كان ذلك يؤدي إلى الإضرار بالسارق ، ولا يقيم الحد أثناء مرض يرجى زواله ، ولا يقيم الحد على الحامل أو النفساء ، ولا على العائد في السرقة قبل أن يندمل الجرح السابق . كما ينبغي أن يساق السارق إلى مكان القطع سوقا رفيقا ، فلا يعنف به ،

---

(١) ابن عابدين ، ج ٣ ص ٢٨٥ . حاشية الدسوقي ، ج ٤ ص ٣٢٢ . المهذب ، ج ٢ ص ٣٠١ .
كشاف القناع ، ج ٦ ص ١١٨ . والحديث أخرجه البيهقي من حديث ابن عمر : ٢٧١/٨ .

(٢) البحر الرائق ، ج ٥ ص ٦٦ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٩٣/٩٢ . أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٥٢ . المغني ، ج ١٠ ص ٢٦٦ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص ، ج ٤ ص ٧١/٧٠ . شرح منتهى الإرادات . ج ٣ ص ٢٧٢ .
فتح الباري ، ج ١٥ ص ١٠٤ . المهذب ، ج ٢ ص ٣٠١ .

(٤) المستدرك ، ج ٤ ص ٣٨٢ . وأخرجه البخاري من حديث أبي هريرة .

ولا يعير ، ولا يسب ، فإذا وصل إلى مكان القطع ((يجلس ، ويضبط لئلا يتحرك فيجني على نفسه ، وتشد يده بحبل ويجر حتى يبين مفصل الذراع ، ثم توضع بينهما سكين حادة ، ويدق فوقها بقوة ليقطع في مرة واحدة ، أو توضع على المفصل وتمد مدة واحدة ، وإن علم قطع أو حي من ذلك - أي أسرع - قطع به))(١) .

ولا خلاف بين الفقهاء على حسم موضع القطع ، وذلك باستعمال مايسد العروق ويوقف نزف الدم ، لقوله صلى الله عليه وسلم فيمن ثبتت عليه السرقة : {{ اذهبوا به فاقطعوه ، ثم احسموه }}(٢) . ولكن الخلاف بينهم في حكم الحسم فمذهب الحنفية (٣) والحنابلة (٤) أنه واجب عيني على من قام بالقطع ، لأن صيغة الأمر في الحديث تفيد الوجوب . وذهب المالكية - في المشهور عنهم - إلى أن الحسم واجب على الكفاية ، فلا يلزم واحداً يعينه ، فإذا قام به القاطع أو المقطوع أو غيرهما فقد حصل المطلوب (٥) . والأصح عند الشافعية : أن الأمر بالحسم يحمل على الندب ، لا الوجوب ، لأنه حق للمقطوع ، لا لتمام الحد ، فيجوز للإمام أن يتركه . وحينئذ يندب للإمام ولغيره أن يفعله ، لمافيه من مصلحة السارق وحفظه من الهلاك . ولا يمنع ذلك من وجوبه على السارق إذا لم يقم به أحد ، فإذا تعذر على المقطوع فعل الحسم ، لإغماء ونحوه وترتب على تركه تلف محقق ، فلا يجوز

---

(١) المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٦٦ ومابعدها .

(٢) سنن البيهقي ، ج ٨ ص ٢٧٦ . سنن الدار قطني ، ج ٢ ص ٣٣١ . نصب الراية ، ج ٣ ص ٣٧١ .

(٣) ابن عابدين ، ج ٣ ص ٢٨٥ . الفتاوي الهندية ، ج ٢ ص ١٨٢ .

(٤) كشاف القناع ، ج ٦ ص ١١٩ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٦٦ .

(٥) عبد الله الخرشي علي خليل ، ج ٨ ص ٩٢ .

للإمام إهماله ، بل يجب عليه فعله ، كما قال البلقيني وغيره . ومقابـل الأصح عندهم : أن الحسم تتمة للحد ، فيجب على الإمام فعله ، ولا يجوز أن يهمله(١) .

ويسن - عند الشافعية (٢) والحنابلة (٣) - تعليق اليد المقطوعة في عنق السارق ، ردعا للناس ، استنادا إلى ما روي من أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقطعت يده ثم أمر بها فعلقت في عنقه (٤) . وقد حدد الشافعية مدة التعليق بساعة واحدة ، أما الحنابلة فلم يحددوا مدة التعليق . وذهب الحنفية إلى أن تعليق اليد لا يسن ، بل يترك الأمر للإمام ، إن رأي فيه مصلحة فعله ، وإلا فلا(٥) . ولم يذكر المالكية شيئاً عن تعليق اليد .

٤ - تكرر القطع بتكرر السرقة :

تداخل الحـــــد :

من القواعد العامة التي استقرت في الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه : أن مبنى الحدود على التداخل ، إذا اتحد موجبها ولم يتعلق بالحد حق لآدمي . وبناء على ذلك : إذا تكررت السرقة ، قبل إقامة الحد ، وكانت في كل مرة توجب القطع ، قطع السارق لجميعها قطعا واحدا لأن الحدود تدرأ بالشبهة ، فيتداخل بعضها

---

(١) قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٨ . مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٧٨ .
(٢) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٥٣ . المهذب ، ج ٢ ص ٣٠١ .
(٣) كشاف القناع ، ج ٦ ص ١١٩ . المغني ، ج ١٠ ص ٢٦٧ .
(٤) سنن البيهقي ، ج ٨ ص ٢٧٥ . سنن الدار قطني ، ج ٢ ص ٣٧٦ .
(٥) ابن عابدين ، ج ٣ ص ٢٨٥ . ابن نجيم ، ج ٥ ص ٦٦ .

في بعض ، ولأن المقصود هو الردع والزجر ،وذلك يحصل بإقامة الحد الواحد(١) .

السرقة بعد القطـــع :

اختلف الفقهاء في حكم السارق ، إذا قطعت يمينه ثم عاد للسرقة ، على النحو التالي :

ذهب عطاء بن أبي رياح إلى أن : من قطعت يمينه في السرقة الأولى ، ثم سرق بعد ذلك ، فإنه يضرب ويحبس ، إذ لا قطع إلا في السرقة الأولى ، لقول الله تبارك وتعالى :{{ فاقطعوا أيديهما }} ، أي اليد اليمنى ، كما جاء في قراءة ابن مسعود: ((فاقطعوا أيمانهما)) ، ولو شاء الله لأمر بقطع الرِّجْل {{ وما كان ربك نسيا }}(٢) .

وذهب ربيعة وبعض الفقهاء إلى أن : من قطعت يمينه في السرقة الأولى ، ثم سرق مرة ثانية ، تقطع يده اليسرى ، فإن عاد إلى السرقة بعد ذلك ، فليس عليه قطع ، بل يعزر ، وذلك لأن الله تعالى أمر بقطع الأيدي ، وهي تشمل اليمنى واليسرى ، وإدخال الأرجل في القطع زيادة على النص (٣) .

وذهب الحنفية (٤) ، والحنابلة (٥) في إحدى الروايتين : إلى أن من سرق

----

(١) المبسوط ، ج ٩ ص ١٧٧ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ١٠٨ . نهاية المحتاج . ج ٧ ص ٤٦٧ المغني والشرح الكبير ، ج١٠ ص ٢٦٨.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ، ج ٢ ص ٦١٣ . المحلي ، ج ١١ ص ٣٥٤ .

(٣) المحلي ، ج ١١ ص ٣٥٤ . المغني ، ج١٠ ص٢٦٥ . فتح الباري ، ج ١٥ص ١٠٥/١٠٦.

(٤) ابن عابدين ، ج ٣ ص ٢٨٥ . بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٨٦ . المبسوط ، ج ٩ ص ١٦٦ .

(٥) كشاف القناع ، ج ٦ ص ١١٩ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٧١ .

بعد أن قطعت يده اليمنى ، تقطع رجله اليسرى ، فإن عاد بعد ذلك فليس عليه قطع ، بل يحبس ويضرب حتى تظهر توبته أو يموت . وإلى هذا ذهب عمر وعلى والشعبي والثوري والزهري والنخعي والأوزاعي وحماد(١) . لما روي من قول الإمام علي كرم الله وجهه : إذا سرق الرجل قطعت يده اليمنى ، فإن عاد قطعت رجله اليسري ، فإن عاد ضمنه السجن حتى يحدث خيراً . إني لأستحيي من الله أن أدعه ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها ، ورجل يمشي عليها (٢) .

وذهب المالكية (٣) ، والشافعية (٤) ، والحنابلة في الرواية الأخرى (٥) : إلى أن من سرق بعد أن قطعت يده اليمنى في السرقة الأولى ، تقطع رجله اليسرى ، فإن عاد للمرة الثالثة قطعت يده اليسرى ، فإن سرق مرة رابعة قطعت رجله اليمنى ، فإن عاد بعد ذلك حبس حتى تظهر توبته أو يموت ، لما رواه أبو هريرة من أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في السارق : {{ إن سرق فاقطعوا يده ، ثم إن سرق فاقطعوا رجله (٦) ثم إن سرق فاقطعوا يده ، ثم إن سرق فاقطعوا رجله (٧)}} وقد فعل ذلك أبو بكر وعمر رضي الله عنهما ، وقال به : إسحاق وقتادة وأبو ثور (٨) .

---

(١) فتح الباري ، ج ١٥ ص ١٠٦/١٠٥ . المحلي ، ج ١١ ص ٣٥٤ .

(٢) سنن البيهقي ، ج ٨ ص ٢٧٣ . سنن الدار قطني ، ج ٧ ص ٢٣٢ .

(٣) بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤١٣ . الخرشي علي خليل ، ج ٨ ص ٩٣ . القوانين الفقهية ، ص ٣٦١ .

(٤) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٥٢ . قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٨ . المهذب ، ج ٢ ص ٣٠٠ .

(٥) الأحكام السلطانية لأبي يعلى ، ص ٢٦٦ .

(٦) شرح الزرقاني على الموطأ ، ج ٨ ص ٩٣/٩٢ . فتح الباري ، ج ١٥ ص ١٠٦ .

(٧) الجامع لأحكام القرآن ، ج ٦ ص ١٦٠ . سنن الدار قطني ، ج ٢ ص ٣٦٤ .

(٨) بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤١٤ . فتح الباري ، ج ١٥ ص ١٠٦/١٠٥ المحلي ، ج ١١ ص ٣٥٦

روي عن عثمان وعمرو بن العاص وعمر بن عبد العزيز (١) ، وعن بعض أصحاب مالك (٢): أن من سرق - بعد قطع أطرافه الأربعة - يقتل حداً ، وهو ما ذهب إليه الشافعي في القديم(٣) . واستدلوا بأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بقتل سارق - في المرة الخامسة - قال جابر : ((فانطلقنا به ، ثم اجتررناه ، فألقيناه في بئر ، ورمينا عليه الحجارة (٤)))غير أن جمهور الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب يرى أن قتل السارق - إن ثبت - فهو ليس حداً ، بل من قبيل التعزير ، لأن ((للإمام أن يجتهد فى تعزير المفسدين ، ويبلغ بهم ما رأى من العقوبة ، وإن زاد على مقدار العقوبة وجاوزه ، وإن رأى القتل : قتل))(٥) .

ب - سقوط الحد:

إذا تمت السرقة ، مستوفية أركانها وشروطها ، ولكن قامت شبهة تدرأ الحد فإن القاضي لا يحكم بالقطع ، ولا نكون أمام حالة من حالات سقوط الحد ، لأن الحد لم يجب حتى يسقط . وإنما تظهر حالات سقوط الحد بعد أن تثبت السرقة ، وتنتفي الشبهات ، ويجب القطع . وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه الحالات ، واعتبار بعضها يسقط الحد . من هذه الحالات ما يتصل بالمسروق منه أو بغيره : كالعفو ، والشفاعة . ومنها ما يتصل بالسارق : كالتوبة ، والرجوع عن الإقرار ، واشتراكه مع من لا يقام عليه الحد . ومنها ما يتعلق بالمسروق : كطروء ملك السارق على

----

(١) شرح فتح القدير ، ج ٥ ص ٥٩٦ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٧١ .

(٢) تبصرة الحكام ، ٢ ص ٣٥٣ .

(٣) مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٧٨ . النهاية في شرح الغاية ، ج ٣ ص ٥٧ .

(٤) الدار قطني ، ج ٢ ص ٣٦٤ . النسائي ، ج ٨ ص ٨٤ . نصب الراية ، ج ٣ ص ٣٧٢.

(٥) معالم السنن ، ج ٣ ص ٣١٣ . المهذب ، ج ٢ ص ٢٨٣ .

ماسرق . وقد يسقط الحد نتيجة للتقادم .

١ - الشفاعة والعفو:

أجمع الفقهاء على إجازة الشفاعة بعد السرقة وقبل أن يصل الأمر إلى الحاكم ، إذا كان السارق لم يعرف بِشَر، سترا له وإعانة على التوبة (١) . فأما إذا وصل الأمر إلى الحاكم ، فالشفاعة فيه حرام ، لقوله صلى الله عليه وسلم لأسامة - حينما شفع في المخزومية التي سرقت {{ أتشفع في حد من حدود الله ؟ }}(٢). وقد روي أن الزبير بن العوام رضي الله عنه لقي رجلا أخذ سارقا ، فشفع فيه ، فقال: لا ، حتى أبلغ به الإمام ، فقال الزبير : إذا بلغ الإمام فلعن الله الشافع والمشفع(٣).

وينطبق نفس الحكم على العفو عن السارق : فإنه يجوز إذا لم يرفع الأمر إلى الحاكم ، فإن رفع إليه ، خرج عن كونه حقا للمسروق منه ، وصار حقا لله تعالى ، لا يقبل فيه العفو . وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : {{ تعافوا الحدود فيما بينكم، فما بلغني من حد فقد وجب }}(٤) ، وقال صلى الله عليه وسلم لصفوان - لما تصدق بردائه على سارقه - :((فهلا قبل أن تأتيني به))(٥) .

وقد رأى بعض الفقهاء أن العفو عن السارق يسقط القطع ، فإن كانت السرقة من

----

(١) الجامع لأحكام القرآن ، ج ٥ ص ٢٩٥ . نيل الأوطار ، ج ٧ ص ٣١١ .

(٢) سنن النسائي ، ج ٨ ص ٦٧ . نيل الأوطار ، ج ٧ ص ١٢٦ .

(٣) المنتقى ، شرح الموطأ ، ج ٧ ص ١٦٣.

(٤) الحديث أخرجه النسائي من حديث عبد الله بن عمرو : ٨/ ٧٠.

(٥) المبسوط، ج ٧ ص ١١١.المنتقى ، ج ٧ ص ١٦٢ومابعدها .تكملة المجموع ،ج ١٨ص٣٣٣. المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٩٤ . نيل الأوطار ،ج ٧ ص ١٥٣.

جماعة فلا يسقط القطع إلا إذا عفوا جميعا (١) . ولعل هذا هو الذي دعا معاوية ابن أبي سفيان إلى قبول شفاعة أم السارق ، فلم يقطع يده بعد أن حكم عليه بالقطع ونفذه في شركائه (٢) .

٢ - التوبـــة :

اتفق الفقهاء على أن التوبة النصوح ، أي الندم الذي يورث عزما وقصدا في إرادة الترك ، تسقط عذاب الآخرة عن السارق ، لقوله صلى الله عليه وسلم : {{إذا تاب السارق سبقته يده إلى الجنة ، وإن لم يتب سبقته يده إلى النار }} (٣) .

ولكنهم اختلفوا في أثر التوبة على إقامة حد السرقة : فذهب الحنفية والمالكية ، والشافعي في أحد القولين ، والحنابلة في إحدى الروايتين ، وعطاء ، وجماعـة : إلى أن التوبة لا تسقط حد السرقة ، لقوله تعالى : {{ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ، جزاء بما كسبا ، نكالامن الله }} ، من غير أن يفرق بين تائب وغيره . ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أقام الحد على عمرو بن سمرة ، حين أتاه تائبا يطلب التطهيرمن سرقته جملا (٤) .

---

(١) شرح الأزهار ، ج ٤ ص ٣٧٤ .

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ، ص ٢٢٨.

(٣) إحياء علوم الدين ، ج ٤ ص ٢٠ . معالم السنن ، ج ٣ ص ٣٠١ .

(٤) شرح فتح القدير ، ج ٥ ص ٤٢٩ . الخرشي والعدوي ، ج ٨ ص ١٠٣ . المهذب ج ٢ ص ٢٨٥ . المغني ، ط ، مكتبة القاهرة ، ج ٨ ص ٢٨١ ، ٢٩٦ . المحلي ج١١ص ١٢٩ . والحديث أخرجه ابن ماجه من حديث ثعلبة الأنصاري: ٨٦٣/٢.

وذهب الشافعية - في أصح القولين - (١) ، والحنابلة - في الرواية الأخرى -(٢) إلى أن التوبة تسقط حد السرقة ، لقوله تعالى بعد أن بين جزاء السارق والسارقة : {{ فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح ، فإن الله يتوب عليه ، إن الله غفور رحيم }}(٣) ، وهو يدل على أن التائب لا يقام عليه الحد ، إذ لو أقيم عليه الحد بعد التوبة لما كان لذكرها فائدة . وقد روي عن واثلة الأسقع أنه قال : شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم ، وأتاه رجل فقال : يارسول الله ! إني أصبت حدا من حدود الله تعالى ، فأعرض عنه . ثم أتاه الثانية ، فأعرض عنه . ثم قالها الثالثة ، فأعرض عنه . ثم أقيمت الصلاة ، فلما قضى الصلاة أتى الرابعة ، فقال : أصبت حدا من حدود الله ، فأقم فيّ حد الله ، قال : {{ ألم تحسن الطهور - أو الوضوء - ثم شهدت الصلاة معنا آنفا ، اذهب ، فهي كفارتك }} وفي رواية {{ فإن الله قد غفر ذنبك - أو حدك - }} (٤) .

٣ - الرجوع عن الإقرار:

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن السارق إذا رجع عن إقراره ، قبل القطع ، سقط عنه الحد ، لأن الرجوع عن الإقرار يورث شبهة . وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسارق قد اعترف ، فقال له

----

(١) قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ٢٠١ .

(٢) المغني ، المرجع السابق ، ج ٨ ص ٢٩٦ .

(٣) سورة المائدة : ٣٩ .

(٤) نيل الأوطار ، ج ٧ ص ١٠٦ . فتح الباري ، ج ١٥ ص ١١٧ .

:{{ ما إخالك سرقت }} قال : بلى ، فأعاد عليه مرتين ، وهو يقول : بلى ، فأمر به فقطع (١) .

وذهب بعض الفقهاء إلى أن رجوع السارق في إقراره لا يقبل منه ، ولا يسقط عنه الحد ، لأنه لو أقر لآدمي بقصاص أو بحق لم يقبل رجوعه عنهما ، فكذلك الحكم إذا أقر بالسرقة (٢) .

٤ - الاشتراك مع من لا يقام عليه الحد :

ذهب الحنفية - إلا أبا يوسف (٣) . والحنابلة - في أصح الوجهين (٤) إلى أنه : إذا اشترك جماعة في سرقة وكان بينهم من لا يتعلق القطع بسرقته ، كصبي أو مجنون، فإن الحد يسقط عن الشركاء كلهم ، لأن السرقة واحدة ، وقد حصلت ممن يجب عليه القطع وممن لا يجب عليه ، فيسقط القطع عن الجميع ، قياسا على اشتراك العامد مع الخاطىء في القتل ، فإن القصاص يسقط عنهما .

وذهب أبو يوسف إلى أن الحد لا يسقط عن الجميع إلا إذا كان الصبي أو المجنون هو الذي ولى الأخذ والإخراج ، لأن الإخراج أصل والإعانة كالتابع ، فإذا سقط القطع

---

(١) ابن عابدين ،ج ٣ ص ٢٩٠ . حاشية الدسوقي ، ج ٤ ص ٣٤٥ . قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٦ . كشاف القناع ، ج ٦ ص ١١٨/١١٧ . الخراج ، ص ١٩١ . والحديث رواه أحمد وأبو داود والنسائي عن أبي أمية المخزومي ، مختصر نيل الأوطار : ج ٧ ص ٨٣ .

(٢) نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٤١ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٩٣ .

(٣) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٧ . المبسوط ، ج ٩ ص ١٥١ .

(٤) المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٩٦ / ٢٩٧ .

عن الأصل وجب سقوطه عن التابع . أما إذا كان الآخذ والمخرج مكلفا ، فإنه يكون قد قـام بالأصـل ، فلا يسقط القطع عنه ، وإن سقط عن الصبي أو المجنون(١).

وذهب المالكية (٢) ، والشافعية (٣) ، والحنابلة - في الوجه الآخر (٤) إلى أن اشتراك من لا يجب قطعه في السرقة لا يسقط القطع عن سائر الشركاء لأن سبب امتناع قطعه خاص به ، فلا يتعداه إلى غيره .

٥ - طروء الملك قبل الحكـم:

إذا تملك السارق المسروق قبل القضاء ، بأن اشتراه أو وهب له أو نحو ذلك ، فإن القطع يسقط عنه - عند الجمهور - لأن المطالبة شرط للحكم بالقطع ، فإذا تملكه السارق قبل القضاء امتنعت المطالبة (٥) ، فالعبرة بوجوب الحد أو سقوطه بحال السرقة ، دون تنقل الملك بعدها (٦) .

فأما إذا حدث الملك بعد القضاء ، وقبل القطع ، فإن الحد يسقط عند الحنفية - ماعدا أبا يوسف وزفر - : ((لأن القضاء في باب الحدود إمضاؤها ، فما لم تمض فكأنه لـم يقض)) ، ولأن ((المعترض بعـد القضاء ، قبـل الاستيفاء ، كالمقتـرن

----

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٧ /٦٨ .

(٢) تبصرة الحكام ، ج ٢ ص ٣٥٢ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٩٥ .

(٣) أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٣٩/١٣٨ . مغني المحتاج ، ج ٤ ص ١٦٠ .

(٤) المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٩٧/٢٩٦ .

(٥) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٨٨ . المهذب ، ج ٢ ص ٣٦٤ . المغني ج ١٠ ص ٢٧٧ .

(٦) شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٨٩ .

بأصل السبب)) ولأن ((التملك - وإن لم يوجد حقا وقت السرقة - إلا أنه أوجد شبهة عند التنفيذ ، وهذه الشبهة تمنع من إقامة الحد (١) .

وذهب أبو يوسف وزفر ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، وكثير من الفقهاء إلى أنه لا أثر لتملك المسروق بعد القضاء على وجوب القطع " لأن وجوب القطع حكم معلق بوجود السرقة ، وقد تمت السرقة ، ووقعت موجبة للقطع ، لاستجماع شرائط الوجوب ، فطريان الملك بعد ذلك لا يوجب خللا في السرقة الموجودة فبقى القطع واجبا " ، " ولأن ماحدث - بعد وجوب الحد - لم يوجد شبهة في الوجوب ، فلم يؤثر في الحد " ، ولو كان حدوث الملك - بعد القضاء - يسقط الحد ، لما قطع النبي صلى الله عليه وسلم سارق رداء صفوان ، بعد أن تصدق به عليه ، بل قال له :{{ فهلا قبل أن تأتيني به }}(٢) .

٦ - تقادم الحد:

إذا صدر الحكم بقطع السارق ، ثم تأخر تنفيذه بعض الوقت لأي سبب كان ، كالتراخي في التنفيذ أو هرب السارق : فإن الحنفية - ماعدا زفر - يذهبون إلى أن تقادم التنفيذ ، بعد القضاء ، يسقط القطع ، " لأن القضاء في باب الحدود إمضاؤها ، فما لم تمض فكأنه لم يقض . ولأن التقادم في التنفيذ كالتقادم في الاثبات بالبينة . فإذا حكم عليه بالقطع بشهود في السرقة ، ثم انفلت ، فأخذ بعد

----

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٨٩ . المبسوط ، ج ٩ ص ١٨٧ .

(٢) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٨٩ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٨٩ . المهذب ، ج ٢ ص٢٨٢ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٧٧ . معالم السنن ، ج ٣ ص ٣٠٠ .

زمان ، لم يقطع ... لأن حد السرقة لا يقام بحجة البينة بعد تقادم العهد ، والعارض في الحدود بعد القضاء ، قبل الاستيفاء ، كالعارض قبل القضاء" (١) .

وذهب زفر وجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الحد لا يسقط بالتقادم ، لأن الحكم لم يصدر إلا بعد أن ثبتت السرقة ، فوجب تنفيذه مهما طال الزمن ، ولا ينبغي أن يكون هروب الجاني أو تراخي التنفيذ من أسباب سقوط الحد ، وإلا كان ذلك ذريعة إلى تعطيل حدود الله (٢) .

ثانيا - التعزيـر:

التعزير : تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود (٣) .

أ - حالات التعـزير:

يعاقب بالتعزير على كل سرقة لم تكتمل أركانها ، أو لم تستوف شروطها لعدم وجوب الحد فيها . وعلى كل سرقة دريء الحد فيها لوجود شبهة . وكذلك يعاقب بالتعزير على السرقة التي سقط فيها القطع على التفصيل الذي سبق بيانه . ويعاقب بالتعزير على العود في السرقة ، بعد ما استوفى القطع . وعلى السرقات التي ورد النص بعدم القطع فيها ، كما في قوله صلى الله عليه وسلم :{{ لا قطع على

---

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٨٩ . المبسوط ، ج ٩ ص ١٧٦ .

(٢) شرح فتح القدير ، ج ٤ ص ١٦٤ . تبصرة الحكام ، ج ٢ ص ٣٥٢ . مغني المحتاج، ج ٤ ص ١٥١ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٠٥/٢٠٦ .

(٣) الأحكام السلطانية للماوردي: ص ٢٣٦ ، والأحاديث سبق تخريجها .

نباش ولا منتهب ولا خائن }} وقوله :{{ لا قطع في الطير }} وقوله :{{ لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين}} .

ويعاقب بالتعزير : الشريك أو المعين الذي لا قطع عليه . وقد تقدم أن الشافعية والحنابلة يقولون بجواز اجتماع التعزير مع الحد ، مثل : تعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها ، زيادة في النكال ، لما روي من أن الرسول صلى الله عليه وسلم قطع يد سارق ، ثم أمر بها فعلقت في عنقه .

ب - كيفية التعـزيـر:

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة ، وهو الراجح عند الحنفية : إلى أن التعزير عقوبة مفوضة إلى رأي الحاكم . وعلى الحاكم في تقدير عقوبة التعزير مراعاة حال الجريمة والمجرم .. وقد منع بعض الحنفية تفويض التعزير ، وقالوا بعدم تفويض ذلك للقاضي، لاختلاف حال القضاة " (١) . وقد أورد الفقهاء بعض العقوبات التي يجوز تعزير السارق بها : كالقتل ، والضرب ، والحبس ، والتغريم .

١ - القتـل:

ذهب جمهور الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب : إلى أن حديث جابر المتعلق بقتل السارق - في المرة الخامسة - يحمل على أنه خاص بالتعزير ، وليس نصا في الحد(٢) . وقد تقدم بيان ذلك .

---

(١) الموسوعة الفقهية ، ج ١٢ ص ٢٦١ / ٢٦٢ .

(٢) معالم السنن ، ج ٣ ص ٣١٣ . المغني ، ج ١٠ ص ٢٧١ .

٢ - الضـرب:

يجوز تعزير السارق بالضرب في حالتين : أولاهما : إن عاد للسرقة بعد أن أقيم عليه الحد(١) . والأخرى : إذا ارتكب سرقة لا توجب القطع ، لقوله صلى الله عليه وسلم ، حين سئل عن الحريسة التي توجد في مراتعها : {{ فيها ثمنها مرتين ، وضرب نكال }} ، وقوله حين سئل عن الثمار وما أخذ منها في أكمامها :{{ من أخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء ، ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب نكال }} (٢) .

وقد وضع أبو عبد الله الزبيري ضابطا لقدر جلد التعزير بسرقة ما لا يجب فيه القطع ، فقال : إذا سرق نصابا من غير حرز ، ضرب أعلى التعزير ، خمسة وسبعين سوطا ، وإذا سرق من حرز أقل من نصاب ضرب ستين سوطا . وإذا سرق أقل من نصاب من غير حرز ، ضرب خمسين سوطا . فإذا جمع المال في الحرز ، واسترجع منه قبل إخراجه ، ضرب أربعين سوطا . وإذا نقب الحرز ودخل ، ولم يأخذ ، ضرب ثلاثين سوطا . وإذا تعرض للنقب ، أو لفتح باب ، ولم يكمله ، ضرب عشرة أسواط . وإذا وجد معه منقب أو كان مراصدا للمال، يحقق . قال الماوردي ، معقبا على ذلك : وهذا الترتيب ، وإن كان مستحسنا في الظاهر ، فقد تجرد الاستحسان فيه عن دليل يتقدر به (٣) .

----

(١) بقطع يده اليمنى ، عند عطاء . وبقطع كلتا يديه ، عند ربيعه . وبقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ، عند الحنفية والحنابلة . وبقطع أطرافه الأربعة عند المالكية والشافعية .

(٢) نيل الأوطار ، ج ٧ ص ٣٠٠/٣٠١ .

(٣) الأحكام السلطانية ، ص ٢٣٧ .

٣ - الحبس:

اتفق الفقهاء علي أن الحبس يصلح عقوبة في التعزير . وقد سجن عثمان رضي الله عنه ضابىء بن الحارث ، وكان من لصوص بني تميم وفتاكهم (١) . ونص الفقهاء على تعزير السارق بالحبس ، إذا عاد للسرقة بعد إقامة الحد عليه ، على التفصيل المتقدم (٢) . لقول الإمام علي في السارق بعد حدّه : {{ فإن عاد ضمنه السجن حتى يحدث خيرا }}(٣) .

٤ - التعزير بالمال:

اختلف الفقهاء في مشروعية التعزير بأخذ المال (٤) . وقد وردت آثار تجيز تعزير السارق بأخذ جزء من ماله ، من ذلك : قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم فيمن سرق من الثمر المعلق بغرم ثمنه مرتين ، وفيمن سرق من الماشية التي توجد في مراتعها بغرم ثمنها مرتين . وقضاء عمر رضي الله عنه بتضعيف الغرم على كاتم الضالة ، وتضعيف الغرم على السيد الذي سرق غلمانه الجياع ناقة لأعرابي (٥) .

---

(١) الموسوعة الفقهية ، ج ١٢ ص ٢٦٨ ، ف ١٦ .

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ، ج ٢ ص ٦١٣ . ابن عابدين ، ج ٣ ص ٢٨٥ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٧١ . فتح الباري ، ج ١٥ ص ١٠٦/١٠٥.

(٣) البيهقي ، ج ٨ ص ٢٧٣ . الدارقطني ، ج ٢ ص ٣٣٢ .

(٤) ابن عابدين : ١٨٤/٣ . الزيلعي :٢٠٨/٣. تبصرة الحكام ، ج٢ص٣٦٨/٣٦٧، نهاية المحتاج ١٧٤/٧ .المغني والشرح الكبير : ٢٦٣/١٠. الطرق الحكمية :٢٦٦-٢٦٩ .

(٥) المغني ، ج ١٠ ص ٣٤٨ وحديث تغريم سارق الثمر المعلق مثلى ثمنه ، رواه أبو داود : معالم السنن ، ج ٣ ص ٢٦٣ ، والنسائي : ج ٨ ص ٨٥ ، والبيهقي : ج ٨ ص ٢٧٨ . وحديث تغريم سارق الماشية مثلى ثمنها ، رواه أحمد والنسائي ، ولابن ماجه بمعناه : نيل الأوطار ، ج ٧ ص ٣٠٠ - ٣٠١ .

ثالثا: الضمـــان:

لا خلاف بين الفقهاء في وجوب رد المسروق ، إن كان قائما ، إلى من سرق منه ، سواء كان السارق موسرا أو معسرا ، وسواء أقيم عليه الحد أو لم يقم ، وسواء وجد المسروق عنده أو عند غيره . وذلك لما روي من أن الرسول صلى الله عليه وسلم رد على صفوان رداءه ، وقطع سارقه ، وقد قال صلى الله عليه وسلم :{{ على اليد ما أخذت حتى تؤدي }} (١)، ولا خلاف بينهم كذلك في وجوب ضمان المسروق إذا تلف ولم يقم الحد على السارق ، لسبب يمنع القطع ، كأخذ المال من غير حرز ، أو كان دون النصاب ، أو قامت شبهة تدرأ الحد ، أو نحو ذلك ، وحينئذ يجب على السارق أن يرد مثل المسروق - إن كان مثليا - وقيمته - إن كان قيميا (٢) .

ولكنهم اختلفوا في وجوب الضمان ، إذا تلف المسروق وقد قطع فيه سارقه ، على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : يذهب إلى عدم وجوب الضمان مطلقا ، سواء تلف المسروق بهلاك أو باستهلاك ، وهذا هو المشهور عند الحنفية ، وبه قال عطاء ، وابن سيرين ، والشعبي ، ومكحول ، وغيرهم (٣) . ودليل هذا الرأي : قوله تعالى {{ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ، جزاء بما كسبا ، نكالا من الله }} (٤) .فقـد سـمى

----

(١) الحديث أخرجه أبو داود من حديث الحسن عن سمرة : ٨٢٢/٣ .

(٢) المبسوط ، ج ٩ ص ١٥٦ . بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٤٢ . أسنى المطالب ، ج ٤ ص ١٥٢ المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٧٩ . البيهقي ،ج ٨ ص ٢٧٧

(٣) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٨٥/٨٤ .شرح فتح القدير ،ج ٥ ص ٤١٣. أحكام القرآن للجصاص ج ٤ ص ٨٤ . بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٤٢

(٤) سورة المائدة : ٨٣ .

" القطــع " : جزاء ، والجزاء يبني على الكفاية ، فلو ضم إليه الضمان لم يكن القطع كافيا ، فلم يكن جزاء ، وقد جعل القطع كل الجزاء ، لأنه - عز شأنه - ذكره ولم يذكره غيره ، فلو أوجبنا الضمان لصار القطع بعض الجزاء (١) . وقوله صلى الله عليه وسلم : {{ لا يغرم السارق إذا أقيم عليه الحد }} (٢) ، فالحديث ينص صراحة على نفي الضمان إذا قطع السارق . ومن هنا قالوا : لا يجتمع حد وضمان ، لأن الحكم بالضمان يجعل المسروق مملوكا للسارق ، مستندا إلى وقت الأخذ ، فلا يجوز إقامة الحد عليه ، لأنه لا يقطع أحد في ملك نفسه (٣) .

الرأي الثاني : يذهب المالكية إلى ضمان المسروق - إن تلف - بشرط أن يكون السارق موسرا ، من وقت السرقة إلى وقت القطع ، لأن اليسار المتصل كالمال القائم بعينه ، فلا تجتمع على السارق عقوبتان . فإن كان السارق موسرا وقت السرقة ، ثم أعسر بعدها ، أو كان معسرا وقت السرقة ، ثم أيسر بعدها ، فلا ضمان ، لئلا تجتمع عليه عقوبتان : قطع يده ، واتباع ذمته (٤) .

الرأي الثالث : يذهب إلى وجوب الضمان مطلقا ، سواء كان السارق موسرا أو معسرا ، وسواء تلف المسروق بهلاك أو استهلاك ، وسواء أقيم الحد على السارق أو لم يقم ، فالقطع والضمان يجتمعان دائما لأن كلا منهما وجب بسبب قائم بذاتـه :

---

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٨٤ . المبسوط ، ج ٩ ص ١٥٧ .
(٢) نصب الراية لأحاديث الهداية ، ج ٣ ص ٣٦٦ .
(٣) أحكام القرآن للجصاص ، ج ٤ ص ٨٤ . فتح القدير ، ج ٥ ص ٤١٤ .
(٤) بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٤٢ . تبصرة الحكام ، ج ٢ ص ٣٥٣ . شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ١٠٨/١٠٧ . القوانين الفقهية ، ص ٣٦١ .

فالقطع وجب بسبب الاعتداء على حق الله تعالى ، والضمان وجب بسبب الاعتداء على حق العبد ، وقد قال صلى الله عليه وسلم :{{ على اليد ما أخذت حتى تؤديه }} وإلى هذا الرأي : ذهب الشافعية (١) ، والحنابلة (٢) والنخعي ، وحماد ، والبتى ، والليث (٣) ، وقال به : الحسن البصري ، والزهري ، والأوزاعي ، وابن شبرمة ، واسحاق (٤) .

أما وقت تقدير القيمة - إذا حكم بضمان المسروق - فيرجع إليه في مصطلح : " ضمـــان "

{{ سبحان ربك رب العزة عما يصفون • وسلام على المرسلين • والحمد لله رب العالمين }}

---

(١) قليوبي وعميرة ، ج ٤ ص ١٩٨ . المهذب ، ج ٢ ص ٢٨٤ .

(٢) كشاف القناع ، ج ٦ ص ١٤٩ . المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٧٩ .

(٣) المغني والشرح الكبير ، ج ١٠ ص ٢٧٩ .

(٤) الجامع لأحكام القرآن ، ج ٦ ص ١٦٥ . أحكام القرآن لابن عربي ، ج ٢ ص ٦٠٩ .

فهرس الموضوعات

أحكام السرقة في فقه المذاهب الأربعة

الموضوع	الصفحة
تعريف السرقة :	
١ - في اللغة	٣
٢ - في الاصطلاح	٣
الألفاظ ذات الصلة :	٤
١ - اختلاس	٤
٢ - جحد الأمانة	٥
٣ - حرابة	٥
٤ - غصب	٦
٥ - نبش	٦
٦ - نشل	٦
٧ - نهب	٧
أركان السرقة :	٨
الركن الأول - السارق :	٨
١ - التكليف	٨
٢ - القصد	١١
٣ - عدم الاضطرار أو الحاجة	١٣

٤ - انتفاء القرابة بينه وبين المسروق منه ١٤

٥ - انتفاء شبهة استحقاق المال ١٩

الركن الثاني - المسروق منه : ٢٦

١ - أن يكون معلوما ٢٦

٢ - أن تكون له يد صحيحة على المال ٢٧

٣ - أن يكون معصوم المال ٢٨

الركن الثالث - المال المسروق : ٣٠

١ - أن يكون متقوما ٣٠

٢ - أن يبلغ نصابا ٣٩

٣ - أن يكون محرزا ٤٦

الركن الرابع - الاخذ خفية : ٥٧

١ - الأخذ ٥٧

٢ - عنصر الخفية ٥٨

٣ - اخراج المال من الحرز ٥٩

٤ - الشروع في الأخذ ٦٥

٥ - الاشتراك في الأخذ ٦٧

اثبات السرقة : ٧٢

أولا - الاقرار ٧٢

ثانيا - البينة ٧٥

ثالثا - اليمين المردودة ٨٠

رابعا - القرائن ٨١

حكم السرقة:	٨٣
١ - الحكم التكليفي	٨٣
٢ - الحكم الوضعي	٨٤
أولا: الحد	٨٤
أ - إقامة الحد	٨٤
١ - محل القطع	٨٥
٢ - موضع القطع من العضو	٨٨
٣ - كيفية القطع	٨٩
- تعليق اليد بعد قطعها	٩١
٤ - تكرر القطع بتكرر السرقة	٩١
ب - سقوط الحد:	٩٤
١ - الشفاعة والعفو	٩٥
٢ - التوبة	٩٦
٣ - الرجوع عن الاقرار	٩٧
٤ - الاشتراك مع من لا يقام عليه الحد	٩٨
٥ - طروء الملك قبل الحكم	٩٩
٦ - التقادم	١٠٠
ثانيا: التعزير	١٠١
أ - حالات التعزير	١٠١
ب - كيفية التعزير	١٠٢
١ - القتل	١٠٢
٢ - الضرب	١٠٣

٣ - الحبس	١٠٤
٤ - التعزير بالمال	١٠٤
ثالثا : الضمــان	١٠٥
١ - وجود المسروق بعينه	١٠٥
٢ - تلف المسروق مع عدم القطع	١٠٥
٣ - اجتماع الضمان مع الحــد	١٠٥

* * *

البحـوث والدراسات القانونيـــة

غل يد المفلس: ما هيته ونطاقه الزمني

بقلم
الدكتور/ حسين يوسف غنايم *

---

* استاذ مساعد القانون التجاري بالكلية وله مؤلفات وبحوث في القانون التجاري والبحري .

تمهيد وتقسيم :

تعتبر التصفيات القضائية والافلاس من ظواهر الاقتصاد المعاصر ، فقد ذكر تقرير أصدرته المؤسسة الوطنية الفرنسية للإحصائيات والدراسات الاقتصادية أن معدل الشركات الفرنسية التي تعلن افلاسها في تزايد مستمر (١) حيث ارتفع عددها من ٣٢٢٨ شركة في سبتمبر ١٩٩١ الى ٣٨٠٠ شركة في سبتمبر ١٩٩٢ بينما بلغ العددفي شهر أغسطس ١٩٩٢ ٤٧٩٨ شركة . وأضاف التقرير أن متوسط افلاس الشركات الفرنسية الشهري خلال ١٩٩١ قد بلغ ٤٤١٤ مما يجعل عدد الشركات التى شملها الافلاس والتصفيات القضائية ١٩٩١ م ٥٢٩٦٨ شركة (٢) .

وأشار التقرير الى أن خطر الافلاس قد أصاب جميع المجالات دون استثناء مع تغاير في النسب بينها . فبالنسبة للشركات العاملة في القطاع الصناعي بلغت نسبة الزيادة بين العدد في سبتمبر ٩١ وسبتمبر ٩٢ ٣٩٪ بينما بلغت تلك النسبة ٣ر٧٪ بالنسبة للشركات العاملة في قطاع التجارة و٣١٪ بالنسبة للشركات العاملة في قطاع الخدمات و ١١ ٪ بالنسبة للشركات العاملة في قطاع التشييد والهندسة المعمارية .

والملفت للنظر أن دائرة انتشار هذه الظاهرة لم تقف عند حد الشركات المدنية

---

(١)انظر جريدة الخليج ، الشارقة ، الامارات العربية المتحدة ، العدد ٤٩٣٧ الصادر في ٢٠ جمادي الأولي ١٤١٣ ه الموافق ١٥ نوفمبر ١٩٩٢ صفحة ١٣ .

(٢) بلغ هذا العدد ١١٩٧٤ في سنة ١٩٧٤ و ١٧٣٧٥ شركة في سنة ١٩٨٠ و ٢٠٨٩٥ شركة في سنة ١٩٨٢ .

انظر صحيفة العالم الفرنسية LeMonde العدد ١١٩٥٥ الصادر في يوم الأربعاء الموافق ٦ تموز سنة ١٩٨٣ صفحة ٦ .

والتـجـارية والأفـراد التـجـار بـل تعـدت ذلك الى مـيـادين أنشطة أخـري كـالرياضـة والاعلام(١).

وغني عن القـول أن أثارا هامة وخطيرة تترتب على الافلاس فـالقراءة المتـفـحصة لنصوص مشروع قانون المعاملات التجارية الاماراتي المتعلقة بهذا الصدد (٢) تدل على أن حكم الافلاس يؤدي لترتيب عدة آثار بالنسبة للمدين المفلس منها ما يتعلق بشخصه ومنها ما يتعلق بماله (٣).

----

(١) أعلنت المحكمة التجارية بمرسيليا تصفية أموال فريق أوليمبيك مرسيليا .OM، الا أنه تم انقاذ الفـريق في اللحظات الأخـيـرة ، وأعلنت المحكمـة العليـا البـريطانيـة سنة ١٩٨٥ تصـفـيـة فـريق Swansea city، وتقدمت سنة ١٩٨٥ واحدة من كبريات الوكالات الاخبارية الأمريكية ، وهى وكالة يونايتد برس انترناشونال - بطلب للاستفادة من أحكام الافلاس أملا في اتاحة الفرصة لها لترتيب أمورها في ظل مراقبة قضائية وفي مأمن من دائنيها بعد أن عجزت حتى عن دفع مرتبات العاملين فيها.
انظر : رسالة الأمة المغربية ، العدد ٦٣٢ الصادر في ٣٠ ابريل ١٩٨٥ .
أشار لذلك : شكرى أحمد سباعي ، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن ، الجزء الثالث ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرباط ١٩٨٦ صفحة ٢٨١ .

(٢) وهى المواد ٦٨٢ -٧٠٢ وتقابلها المواد ٥٧٤ - ٥٩١ من قانون التجارة الكويتي الصادر بالمرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ والمواد ٣١ - ٤٩ من قانون الافلاس والصلح الواقي منه البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١١ لسنة ١٩٨٧ ، والمواد ٦٠٢ - ٦١٤ من قانون التجارة العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ ، والمواد ١١٠ و ١١٤ و ١١٥ ، ١١٨ من النظام التـجاري السـعـودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢ وتاريخ ١٣٩٠/١/١٥ هـ .

(٣) انظر : اليـاس ناصيف ، الكامل في قـانون التـجارة ، الافـلاس ، بيـروت ، الطبـعـة الأولي ١٩٨٦ صفحة ٢٠١ .

ومن آثار الافلاس المتعلقة بشخص المدين تقييد حريته والحيلولة بينه وبين ممارسة حقه في الحركة والانتقال . اذ يمكن للمحكمة أن تحجزه أن تضعه تحت المراقبة (١) ، كما أنه لا يستطيع التغيب عن محل اقامته دون اخطار أمين التفليسه كتابة بمحل وجوده(٢). وهى أمور أقرتها الشريعة الاسلامية أيضا ، واستندت أحكام قضائية الى هذا الاقرار ، فقد أكدت محكمة استئناف الشارقة في الاستئناف المدني رقم ١٣٤/ ١٩٨٠ أن منع المدين من السفر تدبير أقرته الشريعة الاسلامية ، وأضافت بأن القاضي يتخذ قراره بشأن هذا التدبير بأمر على العريضة وليس كحكم قضائي ، ويتم التظلم منه الى القاضي الذي أصدره ، وقراره في هذا الشأن يكون قابلا للاستئناف (٣) . وورد في بداية المجتهد أن الرسول صلي الله عليه وسلم قال " لي الواجد يحل عرضه وعقوبته " وفسرت العقوبة بالحبس (٤) . ويرى الامام مالك منع المسجون لدين من الخروج للجمعة أو العيد أو الحج ، ووجه ذلك أن الدين من حقوق الأدميين ، فليس للمفلس اسقاطها لعبادة لا يفوت وقتها(٥).

----

(١) انظر المواد : ٦٨٢ من مشروع قانون المعاملات التجارية الاماراتي و ١١٠ نظام تجاري سعودي و ٢٣٩ تجاري مصري و ٣٥١ اردني و٥٢٤ تجارة لبناني و ٦٤١ تجارة سوري . أما المواد ٣١ افلاس بحريني و ٥٧٦ تجارة كويتي و ٦٠٣ تجارة عماني فلا تقرر لقاضي التفليسة حق حجز المفلس وانما تسمح له فقط بوضعه تحت المراقبة ، علما بأن القانون الفرنسي السابق لتاريخ ٢٣ تموز سنة ١٩٦٧ كان يسمح بحجز المفلس الا أن القانون الجديد لا يتضمن مثل هذا الحكم .

(٢)انظر المواد : ٦٩٤ من مشروع قانون المعاملات التجارية الاماراتي و ٥٧٤ كويتي و ٦٠٣ تجارة عماني و ٣٢ افلاس بحريني .

(٣) انظر: مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل في دولة الامارات العربية المتحدة ، أبو ظبي ، العدد ٣١ السنة التاسعة ، جمادي الثانية ١٤٠٢هـ ، ابريل ١٩٨٢م صفحة ١٣٣ .

(٤) انظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن أحمد بن محمد القرطبي ، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة ١٣٩٥ هـ ، ١٩٧٥م ، مطبعة مصطفي الحلبي ، مصر صفحة ٢٨٥ .

(٥) انظر : المنتقي ، شرح موطأ إمام دار الهجرة ، مالك بن أنس رضى الله عنه ، تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الأندلسي ، مطبعة السعادة بمصر الطبعة الأولي سنة ١٣٣٢ هـ صفحة ٨٨ .

ومن المفاعيل المتعلقة بشخص المدين أيضا عدم قدرته على ممارسة حقوقه السياسية والمهنية وبعض الحقوق المدنية ، فمن المتعذر عليه أن يكون ناخبا أو منتخبا في مجلس وطنى أو نيابي أو أن يكون مديرا أو عضوا في مجلس ادارة شركة (١) .

ومن آثار الافلاس المتعلقة بمال المدين نشوء أثر فوري ينطبق على الفترة الزمنية اللاحقة لصدور حكم الافلاس يتمثل في غل يده ومنعه من مباشرة أعمال الادارة والتصرف في أمواله وأثر رجعي يمتد لفترة سابقة لصدور الحكم يطلق عليها اسم فترة الريبة أو المدة المشبوهة Periode suspecte حيث افترض المشرع أن تصرفات المدين خلال هذه الفترة غالبا ما يشوبها الشك في سلامة نواياه ، مما استلزم تنظيم تصرفاته خلالها بموجب نصوص ترد عليه قصده وتفسد غشه لئلا تؤدى تلك التصرفات للأضرار بجماعة الدائنين .

وسنركز الجهد في هذا البحث على تناول موضوع : " غل يد المفلس " الأمر الذى يحتم بقاء هذه الدراسة في اطار آثار الافلاس المتعلقة بمال المدين ، وتحديدا تلك التى تنشأ بأثر فوري وتنطبق على الفترة الزمنية اللاحقة لصدور الحكم ، مما يعنى اغفال التعرض لمفاعيل الافلاس المتعلقة بشخص المفلس أو تلك التى تتعلق بأمواله الا أنها تنشأ

---

(١) اقتصر نص المادتين ٥٠٠ تجارة لبناني و ٦١٦ تجارة سوري على سقوط حق المفلس بأن يكون ناخبا أو منتخبا في مجالس سياسية أو مختصة بالمهن أو أن يقوم بوظيفة أو بمهمة عامة . وقد وسع المشرعان الكويتي (م ٥٧٥ تجارة) والعماني (م ٦٠٢ تجارة) من نطاق هذا الحظر اذ أضافا اليه " ولا أن يكون مديرا أو عضوا في مجلس ادارة أية شركة " . أما المشرع الأردني (م ٣٢٦ تجارة) فقد جعل السقوط شاملا الانتخاب للمجالس البلدية أيضا ، وعلى النحو الأخير سار المشرع الاماراتى (٦٨٢ من مشروع قانون المعاملات التجارية) . أما المشرع البحريني (م ٣٣ افلاس) فقد وسع كثيرا من حالات سقوط الحقوق اذ جعلها تشمل - علاوة على ما سبق - حظر اشتغاله بأعمال الوكالة أو التصدير أو الاستيراد أو السمسرة في بيع أو شراء الأوراق المالية أو البيع بالمراد العلني .

بأثر رجعى يمتد لفترة سابقة على صدور الحكم هى فترة الريبة .

وواقع الأمر أننا لن نتناول في هذه الدراسة كافة الجوانب المتعلقة بغل اليد حيث سنكتفي ببيان ما هيته ونطاقه الزمني مرجئين الخوض في تفصيلات نطاقه الموضوعي الى فرصة أخري ان شاء الله ، فبذا لن نتعرض لا للأموال ولا للأعمال المشمولة بغل اليد ولا لتلك غير المشمولة به .

وغنى عن القول أن الوقوف علي ماهية غل اليد والاحاطة بكنهه يستلزم بيان المقصود به والغاية منه والتعرف علي مشروعيته والتعرض لأساسه التاريخى وطبيعته القانونية .

وعلى ذلك ، فسنتناول موضوع غل يد المفلس : ماهيته ونطاقه الزمني في أربعة مباحث نخصص الأول منها لتحديد المقصود بغل اليد وبيان مشروعيته ، ونكرس المبحث الثاني لتناول الغاية من غل اليد وأساسه التاريخي ، في حين نعقد المبحث الثالث للطبيعة القانونية لغل اليد ، وننهي هذه الدراسة بمبحث رابع نخصصه للنطاق الزمني لغل اليد .
وستتمحور دراستنا هذه حول النصوص القانونية في دولة الامارات العربية المتحدة بصفة خاصة (١) وتشريعات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بصفة عامة مع الاشارة

----

(١) على الرغم من تمحور الدراسة حول النصوص القانونية في دولة الامارات العربية المتحدة الا أن القارىء يلاحظ خلوها من أحكام القضاء . وواقع الأمر أنني بذلت جهدا أملا في العثور على أحكام تتعلق بالافلاس بصورة عامة وبغل اليد بصفة خاصة ، ولم يحالفني الحظ في العثور على حكم واحد سواء في مجموعات الأحكام الصادرة في دولة الامارات أم في المجلات المتخصصة فيها ، ولا حتى في الأحكام غير المنشورة الموجودة لدي المحكمة الاتحادية العليا . ويبدو أن التهيب من آثار حكم الافلاس الشخصية والمالية والاجتماعية يحفز أطراف المنازعات التجارية على الوصول الى تسويات ودية خارج اطار المحاكم .

بين الحين والآخر لما يجرى عليه العمل في بعض الدول العربية والأجنبية مقارنا بأحكام الشريعة الاسلامية . والله ولي التوفيق .

المبحث الأول
المقصود بغل اليد ومشروعيته

غل اليد لغة يعني وضع طوق من حديد أو جلد في اليد بقصد تقييدها (١) ، والغلل أصله تدرع الشيء وتوسطه ، والغل مختص بما يقيد به فيجعل الأعضاء وسطه وجمعه أغلال (٢) ، وورد في لسان العرب لابن منظور أن الغل جامعه توضع في العنق أو اليد (٣) ، قال تعالى " انا جعلنا في أعناقهم أغلالا (٤) أي جوامع تجمع أيديهم الى أعناقهم . وفي هذا السياق ورد معنى الغل في الآية الكريمة " خذوه فغلوه " (٥) . وهو خطاب موجه لخزنة جهنم يأمرهم فيه بجمع يديه الى عنقه في الغل . وقال تعالى " وقالت اليهود يد الله مغلولة غلت أيديهم " (٦) ، والمقصود أنه لما ضيق الله على اليهود بتكذيبهم الرسول صلي الله عليه وسلم بعد أن كانوا أكثر الناس مالا عمدوا الى القول بأن يد الله مقبوضة عن ادرار الرزق عليهم والمقصود بعبارة " غلت أيديهم " أمسكت عن فعل الخير ، وهو دعاء عليهم .

والمقصود بغل اليد قانونا الحؤول بين المدين المفلس وادارة أمواله والتصرف فيها والتقاضي بشأنها واسناد ذلك الى أمين التفليسه .

----

(١) انظر المنجد في اللغة والاعلام ، الطبعة السابعة والعشرين ، منشورات دار المشرق بيروت ١٩٨٤ صفحة ٥٥٦ .

(٢) انظر : المفردات في غريب القرآن تأليف أبي القاسم الحسن بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي ، طبعة ١٩٦١ صفحة ٣٦٣ .

(٣) انظر : لسان العرب لابن منظور رقم ٥ دار المعارف ، بدون تاريخ صفحة ٣٢٨٨ .

(٤) سورة يس ، الآية ٨ .

(٥) سورة الحاقة ، الآية ٣٠ .

(٦) سورة المائدة الآية ٦٤ .

وعلي الرغم من أن المادة ٢١٦ من قانون التجارة المصري لم تتعرض الا لرفع يد المفلس عن ادارة أمواله ، الا أن الثابت انصراف الرفع الى التصرف في الأموال لاتحاد العلة في الحالتين ، هذه العلة التى تتمثل في حماية الدائنين من كل ما من شأنه الاضرار بهم وانتقاص مالهم من ضمان عام (١) خاصة وأن الخشية من هذا الأضرار تتجسد في أعمال التصرف أكثر منها في أعمال الادارة مما يجعل رفع اليد شاملا أعمال التصرف من باب أولى (٢) .

وبناء على ما سبق فقد درجت نصوص التشريعات علي حظر أعمال الادارة والتصرف بالنسبة للمدين المفلس ، فالمادة ١/٦٨٥ من مشروع قانون المعاملات التجارية الاماراتى تقضى بأن " يمنع المفلس - بمجرد صدور حكم اشهار الافلاس - من ادارة أمواله والتصرف فيها " . (٣)

وقد أقرت الشريعة الاسلامية غل اليد فالمادة ٩٩٨ من مجلة الأحكام العدلية (٤) تقضى بأنه " لو ظهر عند الحاكم مماطلة المديون في أداء دينه حال كونه مقتدرا وطلب

----

(١) انظر : مصطفى طه ، القانون التجاري ، الأوراق التجارية والافلاس ، الأسكندرية ١٩٨٢ رقم ٤٥٢ صفحة ٣٩٩ . وقد أيدت ذلك محكمة النقض المصرية اذ قضت بأن حكم اشهار الافلاس يغل يد المدين عن ادارة أمواله والتصرف فيها من يوم صدور الحكم بذلك .
انظر الطعن رقم ٤٦٠ س ٤٨ ق - جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٢ أشار اليه مدحت محمد الحسيني في كتابه ، الافلاس ، دار المطبوعات الجامعية الأسكندرية ١٩٩٣ صفحة ٣٢٤ .

(٢) انظر : الياس ناصيف ، الكامل في التجارة ، المرجع السابق صفحة ٢١٩ .

(٣) علي هذا النحو وردت نصوص المواد ٥٧٧ كويتي و ٣٤ افلاس بحريني و ٦٠٤ تجارة عماني و ٥٠١ تجارة لبناني و ٦١٧ تجارة سوري و ٣٠٧ تجارة اردني و ١٤ و ١٥ تجارة فرنسي جديد حيث تتحدث كلها عن حظر أعمال الادارة والتصرف ، أما المادة ١١٠ من نظام التجارة السعودي فقد نصت على اعتبار تصرفات المفلس الفعلية والقولية غير نافذة اعتبارا من تاريخ قرار الافلاس .

(٤) وهى المجلة التي عدلتها وصدقتها جمعية المجلة في باب المشيخة الاسلامية الجليلة ، وقد اعتمدتها مديرية العدلية في الاتحاد السوري بموجب أمر رقم ٢٢٨ وتاريخ ٧ نيسان سنة ١٩٢٣ م ، ووزعتها على المحاكم فأصبح مدار تطبيق الأحكام عليها فقط . انظر الطبعة الخامسة من مجلة الأحكام العدلية ١٣٨٨هـ ١٩٦٨م نقلا عن الطبعة الثانية ١٩٢٣ تنسيق المحامى نجيب هواويني مطبعة شعاركو دمشق .

الغرماء بيع ماله وتأدية دينه ، حجز الحاكم ماله ، واذا امتنع عن بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم وأدى دينه ، فيبدأ بما بيعه أهون في حق المديون بتقديم النقود أوّ لاً ، فان لم تف فالعروض ، وان لم تف العروض أيضا فالعقار " .

كما قضت مادتها ال ٩٩٩ بما يلي " المديون المفلس الذي دينه مساو لما له أو أزيد ، اذا خاف غرماؤه ضياع ماله بالتجارة أو أن يخفيه أو يجعله باسم غيره ، وراجعوا الحاكم ليحجره من التصرف في ماله أو اقراره بدين لأخر ، حجره الحاكم وباع أمواله وقسمها بين الغرماء ، ولكن يترك له من الألبسة ما يحتاج اليه ، وان كان للمديون ثياب ثمينة ، وكان يمكنه الاكتفاء بما دونها باعها واشتري له من ثمنها ثيابا رخيصة تليق بحاله وأعطى باقيها للغرماء أيضا ، وكذلك ان كان له دار وكان يمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشتري من ثمنها دارا مناسبة لحال المديون وأعطى باقيها للغرماء " .

وهكذا فقد جعلت الشريعة الاسلامية الحجر طريقة لغل يد المدين المفلس ، والحجر لغة : المنع والتضييق (١) وشرعا : المنع من التصرفات المالية أو التصرف في الملك(٢) . وقدعرفه بأن صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه في الزائد على قوته(٣) . وهو نفس المعتمد لدي المالكية مع اضافة عبارة " أو تبرعه بماله "

---

(١) ورد في الصفحة ١٦٢ من كتاب طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية تأليف الشيخ نجم الدين بن حفص المطبوع سنة ١٣١١ هـ ، والذي أعادت مكتبة المثنى في بغداد طباعته بالأوفست أن " الحجر : المنع من حد دخل ، والحجر بكسر الحاء الحرام لأنه منع منه ، والحجر العقل لأنه مانع عن القبائح ، وحجر السفيه منعه من التصرفات " .

(٢) انظر : البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى بن المرتضى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت الطبعة الثانية ١٣٩٤هـ ١٩٧٥ صفحة ٨٨ . وانظر في نفس المعنى : المغني لابن قدامه وتعليق محمد سالم محيسن - شعبان محمد اسماعيل ، الجزء الرابع ، مكتبة الجمهورية العربية - مكتبات الكليات الأزهرية - بدون تاريخ صفحة ٥٠٥ .

(٣)انظر حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء تأليف سيف الدين أبي بكر محمد أحمد الشاشي القفال، تحقيق ياسين درادكة ، دار الباز،مكتبة الرسالة الحديثة ، الطبعة الأولي سنة ١٩٨٨صفحة ٥٢٤.=

لنهاية التعريف (١) .

وقد قال بمشروعية الحجر بسبب الدين كل من :

١- الشافعية : اد ورد في كتاب الأم (٢) أنه " اذا استعدى على الرجل في الدين فثبت عليه شيء أو أقر منه بشيء انبغى للقاضى أن يحجر عليه مكانه ، ويقول قد حجرت عليه حتى أقضى دينه وفلسته ثم يحصى ماله .

٢- الحنابلة : اذ يرون أن المدين الذى لا يفي ماله بما عليه من الديون الحالة يكون عرضه للحجر عليه اذا طلب غرماؤه كلهم أو بعضهم ذلك من الحاكم الذي يلتزم بالاستجابة للطلب عند وقوعه لما روى عن كعب بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ماله حتى قام بغير شيء ، وقد أصاب الغرماء خمسة أسباع حقوقهم ، فقال لهم الرسول صلى الله عليه وسلم " ليس لكم الا ذلك " (٣) ، ولأن في الحجر دفعا للضرر عن الغرماء (٤) .

== وعرفه البعض بأنه " المنع من أشياء مخصوصة بأوصاف مخصوصة " انظر : الاختيار لتعليل المختار تأليف عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ، المجلد الأول ، الجزء الثاني، دار المعرفة بيروت الطبعة الثالثة ١٣٩٥ هـ ١٩٧٥م صفحة ٩٤ .

(١) انظر : بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ، تأليف أحمد بن محمد الصاوي المالكي، الجزء الثاني ، مطبعة البابى الحلبي مصر ١٣٧٢ هـ ١٩٥٢م صفحة ١٣٧ .

(٢) انظر كتاب الأم لأبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي ، رواية ابن محمد الربيع بن سليمان المرادي طباعة دار الشعب القاهرة رمضان سنة ١٣٨٨ هـ ، ديسمبر ١٩٦٨م، الجزء الثالث صفحة ١٨٧ .

(٣) انظر : البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، المرجع السابق صفحة ٨٨ .

(٤) انظر : الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل تأليف أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية بيروت ١٩٧٩ صفحة ١٦٩ ، وانظر : الروض المربع شرح زاد المستنقع - مختصر المقنع في فقه امام السنة أحمد بن حنبل تأليف شرف الدين أبي النجا الحجاوى ، الجزء الأول مكتبة الرياض الحديثة الطبعة السادسة ١٣٧٩ هـ صفحة ٢٠٢ .

٣-المالكية: فقد ورد عنهم القول " ومن كان عليه دين يحيط بماله ولم يوقف لتفليس ، فجائز أن يقضي بعض غرمائه دون بعض ، وجائز تصرفه في بيعه وشرائه وسائر معاوضاته ... ما لم يفلسه الحاكم ويحال بينه وبين ماله " (١) .

٤-الحنفية: فمشروعية الحجر بسبب الدين هى المختار من مذهبهم ، فقد ذهب الصاحبان (أبو يوسف ومحمد) الى أنه اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه ، حجر عليه القاضى ومنعه من التصرفات والإقرار حتي لا يضر بالغرماء .

أما أبو حنيفة فيرى أنه لا يحجر على المدين ، وانما يمكن حبسه حتى يوفي الدين قياسا على السفيه ، وذلك تأسيسا على أنه لا يحجر على العاقل الحر البالغ ، وإن كان سفيها ينفق ماله فيما لا مصلحة له فيه ، لأن الحجر عليه اهدار لآدميته والحاق له بالبهائم، وضرره بذلك أعظم من ضرور بالتبذير واضاعة المال ولا يجوز تحمل الضرر الأعلي لدفع الضرر الآدنى(٢)

ويتفق ابن حزم مع أبي حنيفة في رأيه اذ يذهب الى أنه لا يجوز الحجر على أحد في ماله الا على من لم يبلغ أو على مجنون في حال جنونه ، فاذا بلغ الصغير وأفاق

----

(١) انظر الكافي في فقه اهل المدينه المالكي تأليف أبي عمر يوسف بن عبد الله القرطبي تحقيق محمد محمد أحيد الموريتانى الطبعة الأولي ١٣٩٨هـ ١٩٧٨ م الصفحتين ٨٢٨ و ٨٢٩، وانظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي ، الجزء الثالث - مطابع عيسى الحلبي ، بدون تاريخ صفحة ٢٩٢ .

(٢) انظر : الاختيار لتعليل المختار لعبد الله الموصلي الحنفي ، المرجع السابق صفحة ٩٨ ، وانظر الفتاوي الهندية في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان تأليف العلامة الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الاعلام ، المجلد الثالث ، دار احياء التراث العربي ببيروت لبنان الطبعة الثالثة ١٤٠٠ هـ ١٩٨٠م صفحة ٦٣٤ .

المجنون جاز أمرهما في مالهما . ويستند في رأيه الى ما روى عن طريق أبي داود عن ابن عباس أن عليا بن أبي طالب قال لعمر بن الخطاب : أو ما تذكر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم " (١).

ويرى أبو يو سف أن الحجر بسبب الدين كالحجر بسبب السفه . فبذا لا يكون الا بقضاء القاضي ، بينما ذهب محمد الى أن الحجر بسبب السفه كالحجر بسبب الجنون حيث يكون بغير قضاء " (٢) .

---

(١) انظر :المحلى لابن حزم ، الجزء الخامس ، دار الفكر ، بدون تاريخ رقم ١٣٩٤ ، الصفحات ٢٧٨ - ٢٧٩ .

(٢) انظر الفتاوى الهندية في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان تأليف الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الاعلام المرجع السابق صفحة ٦٣٨ .

المبحث الثاني

الغاية من غل اليد وأساسه التاريخي

أولاً: الغاية من غل اليد :

تكمن العلة من غل يد المفلس - باعتبار ذلك نتيجة حتمية تتقرر بقوة القانون بمجرد صدور حكم اشهار الإفلاس - في تحقيق الغاية من نظام الإفلاس ذاته . والمعلوم أن الإفلاس يتغيا بصفة أساسية تحقيق مصلحة الدائنين وحمايتهم من تصرفات المدين المفلس ، إذ يخُشى أن يندفع هذا المدين ، فيما لو بقيت يده على أمواله التي تعلّق بها حق الغير ، والتي تعتُبر بمثابة الضمان العام للدائنين ، في مباشرة تصرفات تضرّ بأولئك الدائنين ، كأن يُبددها أو يُهمل إدارتها مما يؤدّي لنقصان الضمان العام [(١)] ، أو يؤثر الوفاء بديون البعض دون البعض الآخر مما يُخل بمبدأ المساواة بين الدائنين [(٢)] . هذه المساواة التي تُعَد خصيصة لصيقة بنظام الإفلاس وتعتُبر بمثابة أم الائتمان وجوهر نظامه génératrice d'ordre et mère de crédit (٣).

---

(١) انظر : مصطفى طه ، القانون التجاري ، الإسكندرية ١٩٨٦ رقم ٦٩٩ صفحة ٦٤٥ ، وانظر على البارودي ومحمد فريد العريني ، القانون التجاري دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ١٩٨٦ رقم ٤٤٨ صفحة ٧١٧ .

(٢) انظر : محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي ، الكويت ١٩٧٢ رقم ٨٦٣ صفحة ٤١٨ .

(٣) انظر : , Traité de droit commercial par Joseph Hamel Gaston legardé et Alfred Jauffret,tome deuxiéme, Dalloz, Paris 1960 N° 1260. p. 342 .

وتحقيقاً للغرض من الحكم بإشهار الإفلاس ، والمتمثل بالتصفية الجماعية لأموال المدين، فقد جعل المشرع لهذا الحكم حجية مطلقة خلافاً للقاعدة التي تقضي بأن للقاعدة القانونية حجية نسبية بحيث يقتصر أثرها على أطرافها ؛ وعليه فإن أثر هذا الحكم ينصرف إلى كافة الدائنين حتى لو كانوا خارجين عن نطاق الدعوى (١) .

ومن جانب آخر ، فإن الإفلاس يستهدف كذلك رعاية مصلحة المدين ذاته عن طريق تمكينه وعودته للعمل بصحيفة بيضاء Clean slate . وهو بذلك يختلف عن التصفية Winding up التي تستهدف فقط وضع نهاية لما تتم تصفيته (٢) .

وعلاوة على ما سبق ، فإن غل اليد يُعتبر شبحاً يخيفُ المدينين جميعاً ، إذ ليس أقسى على نفس الإنسان من أن يجد نفسه وقد جُردَّ من حريته في التصرف بأمواله وإدارتها ، وعُهد بذلك إلى أمين التفليسة (السنديك) ، الأمر الذي يُشكّل رادعاً قوياً يحفز المدينين إلى عدم الوصول إلى هذه المرحلة (٣) .

---

(١) -انظر : علي البارودي ومحمد فريد العريني ، القانون التجاري ، المرجع السابق رقم ٤٤٥ صفحة ٧١٥ .

(٢) -انظر :

Charleworth's Mercantile law , 14 th edition by Clive M. schmitthoff and David Sarre , London 1984 , P. 637 .

وانظر Commercial law , by R. M. Goode , London 1985 , p. 895 .

(٣) - انظر : الزميل حسني المصري ، القانون التجاري ، الإفلاس ، الطبعة الأولى ١٩٨٨رقم ١٢٧ صفحة ١٥٨

ومن هنا ، فقد رأينا المشرع يُرتب غل اليد بقوة القانون ، كما أن الفقه والقضاء قد أعطياه طابعاً آمراً Caractére imperatif واعتبراه من النظام العام D'ordre puplic [١] .

وقد أقر جمهور الفقهاء المسلمين الحجر على المدين المفلس رعاية لمصلحته ولمصلحة المجتمع . وتتجلى رعاية المصلحة بالنسبة للمفلس في منعه من التصرف في ماله ووضعه تحت يد الحاكم لبيعه وقسمة الحصيلة على الدائنين مما يؤدّي لخروجه من دينه مما وهمه حيث أن الدين هم بالليل ومذلة بالنهار ، فقد قال عمر من الخطاب رضي الله عنه " نفس المؤمن مرهونة بالدين حتى يقضي " .

أما رعاية المصلحة بالنسبة للمجتمع والدائنين فتتجلي في دفع الضرر عنهم لأن بقاء المفلس على رأس ماله قد يُغريه في اللجوء إلى الحيلة لتبديده إضراراً بالدائنين وهو أمر منهيٌ عنه عملاً بالحديث الشريف : " *لا ضرر ولا ضرار* " الذي يمثل قاعدة عامة أصولية من قواعد الفقه الإسلامي [٢] .

---

(١) - Michel de juglart et Benjamin Ippolito , Droit Commercial , Troisieme volume 2e edition Paris 1977 , p. 160 .

انظر :

Ripert (G.) Durnard (P.) et , Robolt (R.) Traité élementaire de droit commercial , tome 2, Paris 1961 , pp. 335-336.

(٢) -انظر : عبد الغفار إبراهيم صالح ، الإفلاس في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، مطبعة السعادة القاهرة ١٩٨٠ صفحة ٥٩ وما بعدها

ثانياً: الأساس التاريخي لغل اليد:

لئن تجسد غل اليد بمفهومنا الحالي في الحؤول بين المفلس وإدارة أمواله أو التصرف فيها أو التقاضي بشأنها ، إلا أن هذا المفهوم لم يستقر إلا بعد مراحل طويلة من التطور ، فطبقاً لإجراءات عقد الاستدانة (١) Nexum التي قررتها الألواح الأثنى عشر في القانون الروماني القديم كان جسد المدين محلاً للتنفيذ ، حيث أجازت تلك الإجراءات للدائن - بعد مضي ثلاثين يوماً على إمهال المدين - أن يعتقل المدين ويُقيّده بالسلاسل ويسترقه أو يشغّله لدى الغير ويتقاضى أجره بل أجازت لهقتله إن أراد ، فقد كان سائداً العمل بمقولة " من لا يستطيع الدفع من محفظته يدفع من بدنه (٢) He who can not pay with his purse pays with his skin .

وفي حال تعدد الدائنين كان من حقهم عرض المدين للبيع ثلاث مرات ، فإن فشلوا في الحصول على مشترٍ قطعوا أوصاله وتقاسموها بنسبة حصصهم من الدين (٣) . واستمرت هذه القسوة التي تعود لتقديس حق الملكية عند الرومان(٤) . إلى أن جاء القضاء البريتوري الذي جعل للدائنين حقاً على أموال مدينهم بحيث يستوفون ديونهم مباشرة من تلك الأموال ، ولكن بعد تنازل

---

(١) -انظر : زهدي يكن ، تاريخ القانون ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى بيروت ١٩٦٦ صفحة ٢٧٣ .

(٢) -انظر : Bankruptcy and Insolvency Accounting , Practice and Procedure by Grant , W . Newton , N.U.1981 , P.51 .

(٣) -انظر عبد الغفار إبراهيم صالح ، المرجع السابق صفحة ٢٥ وما بعدها .

(٤) -انظر على الزيني ، أصول القانون التجاري الجزء الثالث ، الطبعة الثانية مكتبة النهضة المصرية ١٩٤٦ رقم ١٩٨ صفحة ٢١٥ .

المدين ذاته عنها لصالح دائنيه (١) Cessio de biens ثم ما لبث هذا القضاء أن سمح للدائنين باقتضاء ديونهم من أموال المدين دونما حاجة لرضاه عن طريق وضع يدهم عليها مع بقائها على ملكه Missio in possessionem ، ثم تطور التشريع في أوائل الامبراطورية الرومانية فأجاز بيع أموال المدين بواسطة قيّم يُعيَّن لهذا الغرض . (٢)

وغني عن القول إن وضع اليد على أموال المدين مع بقائها على ملكه يؤدي لغلّ يده عن إدارتها وانتقال تلك الإدارة إلى وكيل عن جماعة الدائنين Curator Bonorum(٣) .

وإلى جانب نظام التصفية الجماعية الروماني الذي استقر أخيراً عرف القانون الجرماني نظاماً آخر خاصاً وفردياً يتمثل في احتفاظ المدين بأمواله والتصرف فيها مع تخويل الدائن الحق في حجز أي جزء من أموال المدين بحيث يصبح ذا حق يمكنه من

---

(١) لم يُعد لذلك من أثر في القوانين الحديثة إلا في القانون الإنجليزي حيث تنتقل ملكية أموال المفلس قانوناً إلى مستلم (أمين) Receiver على أن تكون أمانة Trustفي يده ليديرها تمهيداً لبيعها وتوزيع ثمنها على الدائنين ؛ وبهذه الطريقة تمتنع على المدين إدارتها أو التصرف فيها لأنها تصبح غير مملوكة له ، ولا تنفذ تصرفاته المتعلقة بها في مواجهة الدائنين الذين يعتبرون المتسلم Receiver مالكاً لهالحسابهم ومنذ واقعة الإفلاس لا منذ تعيين المتسلم . انظر :
Introduction to commercial law by Hambtin and wright , London Sweet and Maxwell 1982 , P. 266

(٢) -انظر : على الزيني ، أصول القانون التجاري ، المرجع السابق صفحة ١٢ومابعدها .

(٣) -انظر مصطفى طه ، القانون التجاري ، الأوراق التجارية وعمليات البنوك والإفلاس ١٩٨٦ المرجع السابق رقم ٦٢٣ صفحة ٥٥١ .

استيفاء دينه من قيمة ذلك المال بالأولوية على سائر الدائنين الآخرين ، وذلك تأسيساً على اعتبار جميع أموال المدين مرهونة رهناً عاماً لمصلحة كل دائن مما يُرتب له حقاً عينياً يتمسك به في مواجهة كل من تصرف إليه المدين بشيء من ماله بعد إشهار إفلاسه .

وقد استقى القانون الفرنسي أحكامه المتعلقة بالإفلاس من القانون الجرماني في البداية ، ولكن بحلول القرن السابع عشرخرج من تأثير القانون الجرماني معتنقاً ما استقر في القانون الروماني ومتأثراً إلى حدّ بعيد بالأفكار الحديثة التي سادت في قوانين المدن الإيطالية والتي تأثرت بدورها بالشريعة الإسلامية كنتيجة لاحتكاكها بالمسلمين في الحروب الصليبية (١) . ومما يُعزز هذا الاعتقاد أن أول عمل تشريعي صدر في فرنسا بتنظيم الإفلاس على أساس نظام التصفية الجماعية والمساواة بين الدائنين حسب ديونهم هو لائحة ٢ يونيو سنة ١٦٦٧ التي اقترحها تجار سوق ليون ، والتي نظمت أحكام تصرفات المفلس في فترة الريبة نقلاً عن القوانين الإيطالية ، علماً بأن مثل هذه الأحكام غير موجودة في القانون الروماني ، الأمر الذي يغلب الظن أن المدن الإيطالية نقلتها عن الشريعة الإسلامية (٢) .

---

(١) -يدل على ذلك اختلاف الأوربيين وخاصة الفرنسيين في ترجمة كلمة " التفليس " الإسلامية فقد ترجمها موران Moran إلى Faillite وترجمها هوداس Houdas إلى déconfiture أي الإعسار ؛ وترجمها زاي عمار Zeys et Amar إلى insolvabilité judicairement declarée أي العجز أو العُسر المصرح به قضائياً . انظر في ذلك اطروحة الدكتوراه التي تقدم بها بوفي R. Bouvet حول الإفلاس في القانون الإسلامي باريس ١٩١٣ صفحة ١١٦. أشار لذلك شكري أحمد السباعي ، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن ، المرجع السابق ص ٣١٢ .

(٢) -انظر عبد الغفار إبراهيم صالح ، الإفلاس في الشريعة الإسلامية المرجع السابق صفحة٢٨.

وفي انجلترا صدر أول قانون للإفلاس سنة ١٥٤٢ [١] حيث خوّل الدائن وحده الشروع في دعوى الإفلاس وتقسيم أموال المدين وإرساله للسجن إذا بقيت ذمته محملة ببعض الإلتزامات ، إلا أن هذا القانون كان يطبق على التجار الصغار traders فقط ، الأمر الذي استوجب تعديله سنة ١٥٧٠ بحيث أصبح يطبق أيضاً على التجار الكبار أو تجار الجملة Merchants [٢] . وفي سنة ١٩٤١ صدر قانون الإفلاس الإنجليزي Bankruptcy Act مقترناً بقانون الصلح الواقي من الإفلاس Deeds of Arrangement الذي يعتبر مكملا له وقد عُدل سنة ١٩٧٦ بموجب قانون Insvolvenycy Act ، علماً بأن الأشخاص الطبيعين يخضعون في انجلترا لنظام الإفلاس ، بينما تخضع الأشخاص المعنوية كالشركات لنظام التصفية القضائية الوجوبية وفقاً لأحكام قانون الشركات لسنة ١٩٤٨ وتعديلاته .

أما الشريعة الإسلامية الغراء فقد وضعت اللبنات الأولى في بناء نظام الإفلاس بمفهومه الحديث ، إذ شرعت الحجر على المدين المفلس رعاية لمصلحة الغرماء وغلّت يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، وأوكلت ذلك للقاضي الذي يتولى بيعها والوفاء بديون الغرماء على نحو ما تذهب اليه التشريعات الحديثة ، فبذا تكون هذه الشريعة صاحبة

---

(١) - صدر قبل ذلك ومنذ سنة ١٢٨٣ قانون يُسمى Acton Burnell عُدل بموجب قانون Statute of merchants 1285 ثم بموجب Statute of the staple 1353 وهويقضي بأنه إذا بقي المدين في السجن مدة تجاز الثلاثة أشهر دون أن يفلح خلالها ببيع منقولاته وعقاراته وفاءً لديونه خوّل الدائن وضع اليد على ممتلكاته إلى أن يفي بديونه شريطة التزام الدائن بتسديد نفقات ما يلزمه من خبز وماء طيلة وجوده في السجن . انظر : , Commercial law by R. M. Goode London 1985 , p. 32 .

(٢) - Louis Levinthal , The Early History of Bankruptcy Law , University of Pennsylvania Law Review vol . 66 (1917 - 1918) .

السبق في الغاء التنفيذ على شخص المدين المفلس واستبداله بنظام التنفيذ على ماله ، فالثابت أنه إذا كان المدين معلوم العسرة فلا يجوز للغرماء حتى حبسه أو ملازمته لقوله تعالى : " ***وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة*** " [1] ناهيك عن هجر الشريعة الإسلامية لصنوف التنفيذ على جسده التي عرفتها التشريعات والأمم الأخرى .

والمدقق في نظام الحجر على المدين المفلس في الشريعة الإسلامية يخرج بنتيجة مقتضاها أن هذا النظام قد عرف كثيراً من القواعد التي مر ردح من الزمن قبل استقرارها في أنظمة الإفلاس التي تعرفها التشريعات الحديثة ومن أمثلة ذلك .

١ - تأدية الحجر للتصفية الجماعية لأموال المدين استناداً إلى أن إقرارها إنما جاء رعاية لمصلحة جماعة الدائنين لا لمصلحة أحدهم حتى لو جاء قرار

استيفاء دينه من قيمة ذلك المال بالأولوية على سائر الدائنين الآخرين ، وذلك تأسيساً على اعتبار جميع أموال المدين مرهونة رهناً عاماً لمصلحة كل دائن مما يُرتب له حقاً عينياً يتمسك به في مواجهة كل من تصرف إليه المدين بشيء من ماله بعد إشهار إفلاسه .

وقد استقى <u>القانون الفرنسي</u> أحكامه المتعلقة بالإفلاس من القانون الجرماني في البداية ، ولكن بحلول القرن السابع عشرخرج من تأثير القانون الجرماني معتنقاً ما استقر في القانون الروماني ومتأثراً إلى حدّ بعيد بالأفكار الحديثة التي سادت في قوانين المدن الإيطالية والتي تأثرت بدورها بالشريعة الإسلامية كنتيجة لاحتكاكها بالمسلمين في الحروب الصليبية [1]. ومما يُعزز هذا الاعتقاد أن أول عمل تشريعي صدر في فرنسا بتنظيم الإفلاس على أساس نظام التصفية الجماعية والمساواة بين الدائنين حسب ديونهم هو لائحة ٢ يونيو سنة ١٦٦٧ التي اقترحها تجار سوق ليون ، والتي نظمت أحكام تصرفات المفلس في فترة الريبة نقلاً عن القوانين الإيطالية ، علماً بأن مثل هذه الأحكام غير موجودة في القانون الروماني ، الأمر الذي يغلب الظن

أحكام الفقه الإسلامي التي تقضي بجعل تصفية أموال المحجور عليه تصفية جماعية بحيث إذا ظهر غريم متأخر حاص بقية الغرماء فيما أخذوه . وترتيباً على ذلك قضت محكمة التمييز في دبي بأن البنك الحاجز - الطاعن - لا يختص بحصيلة بيع عقار المدين المحجور عليه دون غيره من الدائنين[1] .

٢ - بقاء أموال المدين على ملكه رغم الحجر عليه [2] ، بمعنى أن الحجر لايؤدي لانتزاع ملكية أموال المحجور عليه خلافاً لما عرفه الرومان ولما يجري عليه العمل في الشريعة الإنجلوسكسونية.

٣ - تأدية الحجر لغل يد المدين عن أمواله الموجودة وقت الحجر عليه وتلك التي تجدّ بعد ذلك نظراً لتعلق حق الدائنين بها . فهذا هو رأي الشافعية والحنابلة حيث يرون امتداد المنع من التصرف إلى المال الموجود والذي يوجد بعد دون حاجة إلى حجر جديد وذلك حرصاً على مصلحة الدائنين وضماناً لوصولهم إلى حقهم . أما الحنفية والمالكية وجمهور الفقهاء المسلمين فيرون أن الحجر لا يتناول إلا المال الموجود وقت الحجر لأنه هو الذي يتعلق به حق الدائنين ، أما المال الذي يجدّ بعدئذ فيحتاج إلى حجر جديد[3] .

---

(١) -انظر الطعن رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٨ حقوق - جلسة ١٩٨٩/٥/٢٢ مشار إليه في مجلة القضاء والتشريع الصادرة عن محكمة التمييز في دبي العدد الأول يناير ١٩٩٢ صفحة ٢٦٦ .

(٢) -انظر فيما بعد : غل اليد لا يُعتبر نزع ملكية صفحة ٢٧ .

(٣) -انظر المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي صفحة ٤٨٠ ؛ وانظر : المدخل في التعريف في الفقه الإسلامي، محمد مصطفى شلبي،دار النهضة العربية ، ببروت ١٩٦٩صفحة ٥٠٩ .

٤ - عدم تأدية الحجر للتأثير على الحقوق الشخصية أو الأهلية بالنسبة للمحجور عليه[(١)] .

٥ - إقرار نفقة للمحجور عليه ولعائلته من أموال المدين [(٢)] .

٦ - ترتيب الحجر لأثر رجعي يتمثل في عدم جواز الاحتجاج بتصرفات المحجور عليه - حتى قبل الحجر - في أمواله بغير عوض من هبة أو صدقة لم تجرِ العادة بمثلهما على نحو ما تذهب إليه التشريعات الحديثة بالنسبة للتصرفات التي تحصل في فترة الريبة إذ أن ذلك هو المختار من مذهب المالكية [(٣)] .

---

(١) -انظر فيما بعد ، غل اليد لا يعتبر نقص أهلية صفحة ٢٤ .

(٢) -فقد ورد عن أبي حنيفة ضرورة ترك جزء من مال المفلس يفي بحاجته من سكن وخادم وضرورة الانفاق عليه بالمعروف إلي أن يُفرغ من قسمة ماله بين غرمائه . انظر كتاب المقْنعْ في فقه امام السنة أحمد بن حنبل تأليف الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الجزء الثاني الطبعة الثالثة ١٣٩٣ هـ المطبوع على نفقة الشيخ خليفة بن احمد آل ثاني أمير دولة قطر صفحة ١٣٦ . وانظر كتاب الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل تأليف شيخ الإسلام محمد موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي الجزء الثاني ، الطبعة الثانية المكتب الإسلامي ببيروت ١٣٩٩ هـ ١٩٧٩ صفحة ١٨٥ وانظر كتاب الأم للإمام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي الجزء الثالث الطبعة الثانية دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ١٣٩٣ هـ ١٩٨٣ م صفحة ٢٠٢ .

(٣) -انظر : الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، تأليف العلامة أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، الجزء الثالث ، دار المعارف بمصر ١٣٩٣ هـ صفحة ٣٤٥ ؛ وانظر : عبد الرزاق السنهوري ؛ مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء الخامس الصفحات ١٨١ ، ١٨٣ ؛ وانظر المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي صفحة٤٦٣ .

٧ - سقوط آجال الديون وصولاً لإجراء التفصية الجماعية ، فقد جاء في توضيح الأحكام على تحفة الحكام :

وحل ما عليه من ديون إذ ذاك كالحلول بالمنون (١)

وخير دليل يبين بجلاء أثر الإسلام على النظم القانونية الغربية بصورة عامة ما ذكره دي سانتيلانا في مقاله عن الشريعة الإسلامية الوارد في كتاب " تراث الإسلام " الذي وضعته نخبة من المستشرقين ، فقد ذكر في الصفحة ٣١٠ أن أوربا اقتبست بالتأكيد بعض نظمها القانونية من قوانين العرب كالشركات وغيرها من مسائل القانون التجاري الفنية ، وإن المستوى الأدبي الراقي الذي بلغته تلك القوانين في بعض نواحيها أثّر تأثيراً حسناً في تقدم التفكير القانوني الحديث في أوربا حتى في غير ما ذكر (أي في المسائل غير التجارية) وبهذا سجلت تلك القوانين فضلها الخالد (٢).

٨ - عدم جواز الحجر على شخص بسبب دين لم يحل أجله (٣).

---

(١) -بمعنى أن تحل عليه الديون المعجلة والمؤجلة ، كما تحل على الإنسان بوفاته . انظر ؛ توضيح الأحكام على تحفة الحكام ، صفحة ١٠٨ . أشار لذلك شكري أحمد السباعي ، المرجع السابق صفحة ٣٢٠ .

(٢) Among our positive acquisitions from Arab Law , There are - legal institutions such as limited partnerships (quirad) and certain technicalities of commercial law , But even omiting these , there is no doubt that the high ethical standard of certain parts of Arab Law acted favourably on the development of our modern concepts , and herein lies its enduring merit .

أشار لذلك : على الزيني ، أصول القانون التجاري ، المرجع السابق رقم ٢٠ صفحة ٢٤ .

(٣) أنظر كتاب الكافي في فقه الامام المبجل أحمد بن حنبل تأليف شيخ الاسلام محمد موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، المكتب الاسلامي ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م بيروت صفحة ١٦٧ .

المبحث الثالث
الطبيعة القانونية لغل اليد

شهد التكييف القانونى لغل يد المفلس اتجاهات متعددة ، وعلى الرغم من أن الفقه وغالبية القضاء قد أجمعا على عدم اعتباره نقص أهلية أو نزع ملكية إلا أن رده لأساس قانونى واحد بقي محل اختلاف.

وعلى ذلك ، فسنتناول الطبيعة القانونية لغل اليد في مطلبين نخصص أولهما لتناول ما استقر عليه الرأي بخصوص عدم اعتباره نوعا من نقص الأهلية أو نزع الملكية ، بينما نخصص المطلب الثانى لتناول الآراء المتعلقة بأساسه القانونى .

المطلب الأول
غل اليد لا يعتبر نقص أهلية أو نزع ملكية

أولا - غل اليد لا يعتبر نقص أهلية :

يلاحظ أن بعض الأحكام في مصر قد اعتبرت غل يد المفلس مؤديا لفقدانه أهلية التقاضي ، فقد قضت محكمة أسيوط الابتدائية في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٠ (١) بأن " يفقد المفلس أهلية التقاضى بصدور حكم الافلاس ، إلا أنه يسترد هذه الأهلية بمجرد صدور حكم بانتهاء التفليسة ويصبح أهلا للتعاقد والتقاضي فيما لا يمس أموال التفليسة التى صفيت في الحكم الأخير " . وعلى هذا النحو جاء حكم محكمة استئناف القاهرة في ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٧ (٢).

---

(١) انظر المحاماة السنة الثانية رقم ٥٠ صفحة ١٥٩، وانظر عبد المعين جمعة ، موسوعة القضاء في المواد التجارية دار الكتاب العربي للطباعة والنشر القاهرة ١٩٦٧ رقم ٨٦٦ صفحة ٤١١ .

(٢) انظر : عبد المعين جمعة المرجع السابق رقم ٨٧١ صفحة ٤١٣ .

وعلى الرغم من هذه الأحكام ، فمن المتعذر اعتبار غل يد المفلس من قبيل نقصان الأهلية ، فالمقارنة بين الحالين تنبىء عن الاختلاف بينهما سواء من حيث الغاية أم من حيث النتيجة (١) ، فمن حيث الغاية ، فإن غل اليد يتغيا رعاية مصلحة دائني المفلس بصفة أساسية ، أما نقصان الأهلية فيستهدف رعاية مصلحة ناقص الأهلية وحده دونما نظر لرعاية مصلحة الغير · ومن حيث النتيجة ، فان تصرفات المفلس لا تكون قابلة للإبطال ، وإنما تكون صحيحة في العلاقة بينه وبين المتعاقد معه ، ولا يجوز لأحدهما أن يستند الى شهر الافلاس ليتنصل مما يفرضه عليه التصرف من التزامات ، كل ما في الأمر أن هذه التصرفات لا تكون نافذة في مواجهة جماعة الدائنين · وعليه ، فمن حق أمين التفليسة أن يتمسك بالعقد متى رأي فيه مصلحة لجماعة الدائنين ، إلا أن الغير الذي تعاقد مع المفلس لا يستطيع التحلل من العقد على أساس أنه باطل إذ أن العقد صحيح ونافذ بالنسبة اليه(٢) ·

وعلاوة على ما سبق ، فإن نقص الأهلية يرتب أثرا عاما بحيث يسرى على تصرفات ناقص الأهلية الضارة له ضررا محضا أو التى تدور بين النفع والضرر في حين ينحصر أثر غل اليد في السريان على تصرفات المفلس المتعلقة بالأموال والحقوق التى تغل عنها يده ·

وقد عبرت عما سبق محكمة مصر الابتدائية اذ ذكرت " إنه وإن كان يترتب على اشهار افلاس المدين تخليه عن أملاكه ورفع يده عنها حتى لا يتصرف فيها إضرارا بالدائنين

---

(١) انظر : الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، الافلاس ، المرجع السابق صفحة ٢٢٠، وانظر : على البارودى ومحمد فريد العريني القانون التجارى دار المطبوعات الجامعية ، الأسكندرية ١٩٨٦ رقم ٤٤٩ صفحة ٧١٧ ·

(٢) انظر : محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي ، منشورات جامعة الكويت ، ١٩٧٢ رقم ٨٧٠ صفحة ٤١١ ·

إلا أن المفلس يبقى أهلا للتعامل مع الغير للتعاقد ويكون تصرفه صحيحا فيما بين طرفيه وينتج أثاره عند انتهاء التفليسة واسترداد المفلس لأمواله ، كل ما في الأمر أن تعهداته التى تقع بعد الافلاس لا يمكن تنفيذها على أموال التفليسة " (١) .

ومن جانب آخر ، فقد قضى بأن " تعهدات المفلس ليست باطلة في ذاتها ، فهى صحيحة بالنسبة للمدين ولمن تعاقد معه " (٢) .

أما بالنسبة للشريعة الاسلامية ، فعلي الرغم مما ذهب اليه زميلنا الاستاذ الدكتور وهبة الزحيلى (٣) من أنه " وبالحجر على المدين تنقص أهليته ويصبح كالصغير المميز " إلا أننا نرى أن الفقهاء المسلمين يجمعون على أن المفلس المحجور عليه كامل الأهلية ، فهو مخاطب بجميع التكاليف الشرعية ومسؤول عن كل أعماله ، فالأصوليون يعرفون أهلية الأداء بأنها صلاحية المكلف لصدورالفعل عنه على وجه يعتد به شرعا (٤) ؛ وأهلية الأداء نوعان :

أ- كاملة تتحقق ببلوغ القدرتين درجات الكامل ، والقدرتان هما : قدرة فهم الخطاب ومناطها العقل ثم قدرة العمل به ومناطها البدن .

----

(١) انظر محكمة مصر الابتدائية ٢ مارس ١٩٢٧ مشار اليه في المحاماة السنة السابعة رقم ٤٧٩ صفحة ٨٢٤ ، وانظر حسنى المصرى ، الافلاس المرجع السابق رقم ١٢٨ صفحة ١٥٩ ؛ وانظر استئناف مصر ١٩ مايو ١٩٣٥ ، المحاماة - ١٦ - ٢٩٨ ؛و ١٤ يونيو ١٩٣٨ المحاماة ١٩ - ٨٦ ؛ وانظر على البارودي ومحمد فريد العريني ، المرجع السابق رقم ٤٤٩ صفحة ٧١٧ ، وانظر محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتى ، المرجع السابق رقم ٨٦٤ صفحة ٤٠٨ ؛ وانظر مصطفى طه ، القانون التجارى ١٩٨٦ ، المرجع السابق رقم ٧٠٠ صفحة ٦٤٦ .

(٢) انظر المحلة الكبرى الجزئية ٤ مايو ١٩٣٣ ، المجموعة الرسمية السنة ٣٤ ، العدد التاسع رقم ٢١٨.

(٣) انظر مؤلفه : الفقه الاسلامى وأدلته ، الجزء الرابع ، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر ، الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ ١٩٨٥ م صفحة ١٣٢ .

(٤) انظر : حسين النوري ، عوارض الأهلية ، مطبعة لجنة البيان العربي ، القاهرة ١٩٥٣ صفحة ٥١ .

ب- ناقصة وتتحقق قبل بلوغ القدرتين كلتيهما أو قبل بلوغ احداهما درجة الكمال .

هذا ويستدل على اكتمال أهلية المفلس بما يلى : (١)

١- إن الحجر على شخص لا يعتبر مؤشرا قاطعا على نقص أهليته أو انعدامها ، فقد قسم الفقهاء المسلمون الحجر الى قسمين : حجر على الشخص لمصلحة نفسه كالمجنون والسفيه والصغير (٢) ؛ وهنا يدل الحجر على عدم اكتمال الأهلية ؛ ثم حجر على الشخص لمصلحة الغير كالحجر على المفلس الذي لا يتأتى نتيجة خلل في أهلية الشخص وانما هو مقرر لحق الغرماء في أمواله ، الأمر الذي يجعل منه حجرا على المال لا على الشخص فبذا لا يؤدي لسلب أهليته أو يمسها بنقص ولا يعتبرعارضا من عوارض الأهلية .(٣)

٢- لا يجوز للقاضي الحجر على المفلس بغير سؤال الغرماء أو سؤاله هو نفسه (عند الشافعية) ولا يعتبر الحجر من النظام العام وانما هو حق شخصي للغرماء أو للمدين اذا طلبه صاحبه أجيب إليه واذا تركه لا ينوب عنه القاضي .

٣- تصح تصرفات المفلس في ماله قبل الحجر عليه عند الجمهور ، وتصح تصرفاته بعد الحجر عليه في ذمته بحيث يلاحق بها بعد فك الحجر عنه ، كما يصح نكاحه وطلاقه وخلعة ، وكل ما لا يضر بالغرماء والتصرفات المحصلة للمال كقبول الهبة والوصية .

----

(١)انظر : عبد الغفار ابراهيم صالح ، الافلاس في الشريعة الاسلامية ، المرجع السابق صفحة ١٠٢ وما بعدها .

(٢) انظر : الروض المربع ، شرح زاد المستنقع ، المرجع السابق صفحة ٢٠٢ .

(٣) فقد ورد في كتاب الأم أنه اذا أفلس شخص وخُلّي ثم كسب مالا جازت تصرفاته عليه من بيع وهبة حتى يُحدث له السلطان وقفا لأن الوقف الأول لم يكن وقفا لأنه غير رشيد وانما هو وقف ليمنعه ماله ويقسمه بين غرمائه . " انظر كتاب الأم للشافعي الجزء الثالث الطبعة الثانية ، بيروت المرجع السابق صفحة ٢١٣ .

٤- إن تصرف المدين المحجور عليه لا يعتبر باطلا في حد ذاته وإنما يعتبر غير نافذ في مواجهة جماعة الدائنين لتعلق حقهم بالمال الذي ينصبّ عليه التصرف ، علما بأن التصرف صحيح بين طرفيه ويمكن نفاذه من أموال المفلس بعد فك الحجر .

وانسجاما مع هذا التوجه قضت المادة ١٠٠٢ من مجلة الأحكام العدلية بأن " لا تعتبر تصرفات المدين المفلس وتبرعاته وسائر عقوده المضرة بحقوق الغرماء في حق أمواله الموجودة وقت الحجر ، ولكن تعتبر في حق أمواله التى اكتسبها بعد الحجر، ولو أقر لآخر بدين لا يعتبر إقراره في حق أمواله التى كانت موجودة في وقت الحجر ، ويعتبر بعد زوال الحجر ، ويبقى مديونا بأدائها ذلك الوقت ، وأيضا ينفذ إقراره على أن يؤدى مما يكتسبه بعد الحجر " .

ثانيا - غل اليد لا يعتبر نزع ملكية :

لم تعد التشريعات الحديثة ترتب علي غل يد المفلس نزع ملكية أمواله وانتقالها الى جماعة الدائنين ، أو السماح بوضع يد الدائنين على تلك الأموال ، أو إلزامه بالتنازل عنها لدائنيه . ولم يبق لذلك من أثر باستثناء ما يأخذ به القانون الانجليزي على النحو السابق ايضاحه (١) . فالمستقر الآن أن يبقى المدين المفلس مالكا لأمواله الحالية والمستقبلة . ولا يؤثر غل اليد في هذه الملكية وانما يؤدى فقط الى حرمانه من ادارة الأموال والتصرف فيها .

وعليه ، فإنه يجوز الحكم بمصادرة أموال المفلس بعد شهر إفلاسه أو وضعها تحت

---

(١) من المعلوم أن عناصر الذمة المالية للمفلس في القانون الانجليزى تنتقل الى أمين التفليسة بمجرد صدور حكم الافلاس Adjudication Order .

الحراسة ، وإذا تم استهلاك بعض أمواله أو مصادرتها ، فإن ذلك يتم تجاه المفلس الممثل بأمين التفليسة ، وعند بيع أمواله نتيجة للاتحاد - سواء تم ذلك بالمزاد العلني أم بالتراضي - فإن ملكيتها تنتقل مباشرة من المفلس الى المشترى دون أن تمر عبر ذمة الدائنين ؛ واذا بقي شيء من أمواله بعد انتهاء التفليسه عاد الى المفلس ، وإذا توفي أثناء اجراءات الإفلاس ، فإن أموال التفليسة تنتقل الى ورثته بحيث يوزع عليهم الفائض منها إن بقى شيء بعد التوزيعات على الدائنين (١) .

واذا عمد وكيل التفليسة الى الوفاء بدين أحد الدائنين المرتهنين ، ليتلافي التنفيذ على العقار المرهون في وقت غير مناسب ، فلا يترتب على ذلك أن تحل جماعة الدائنين محل الدائن المرتهن في الرهن وفي مرتبته ، وإنما يعتبر الوفاء حاصلا من المدين المفلس ذاته(٢) .

وفي الشريعة الاسلامية لا يؤدي غل يد المدين الى نزع ملكية أمواله ، فالملكية في مذهب الحنفية مثلا حق ثابت بالشرع لا يبطله الحجر فقد ذكروا أنه ينبغى الانفاق من مال المفلس على ذوي أرحامه ممن يجب نفقته عليه لأن ذلك حق ثابت لغير المفلس فلا يبطله الحجر (٣) وقد ورد في كتاب الأم أنه اذا حدث وتم بيع شيء من أموال المفلس فإن العهدة

---

(١)انظر : مدحت محمد الحسيني ، الافلاس ، المرجع السابق رقم ٤٤ صفحة ٥٤ .

(٢)انظر نقض فرنسي ١٨٧٥/٣/٣٠ داللوز ٣٥٣/١/١٨٧٥ أشار لذلك علي الزيني ، المرجع السابق رقم ١٩٩ صفحة ٢١٨ .

(٣)انظر شرح فتح القدير : تأليف الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن همام الحنفي الجزء السابع الطبعة الأولي بالمطبعة الكبرى الأميرية ببولاق سنة ١٣١٧ هـ والذي أعادت طبعه بالأوفست مكتبة المثني ببغداد صفحة ٣٢٩ ؛ وانظر نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد بن قودر - وهى تكملة فتح القدير للمحقق الكمال ابن الهمام الحنفي ، الجزء التاسع دار الفكر ببيروت الطبعة الثانية ١٣٩٧هـ ١٩٧٧م الصفحات ٢٧٦ - ٢٧٧ .

تكون عليه لأنه بيع لملكه وفي حق لزمه (١) ، وورد في موضع آخر من نفس الصفحة أنه لو حدث وأفلس رجل وعليه ألف درهم وترك دارا فبيعت بألف درهم ثم استحقت الدار فلا عهدة على الغريم المشترى بل العهدة على المفلس ، كما ذكر ابن قدامه وجوب ترك ما تدعو اليه حاجة المفلس من سكن وخادم والانفاق عليه بالمعروف الى أن يفرغ من قسمة ماله بين غرمائه وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم " ابدأ بنفسك ثم بمن تعول " ولأن ملكه باق عليه قبل القسمة " (٢).

المطلب الثاني
الأساس القانوني لغل اليد

على الرغم من أن الفقه والقضاء قد أجمعا على عدم اعتبار غل اليد نوعا من نقص الأهلية أو نزع الملكية إلا أنهما شهدا اختلافا كبيرا بالنسبة للأساس القانونى الذي يستند إليه غل اليد وذلك وفقا للتفصيل التالي :

١- ذهب البعض الى اعتباره نوعا من حق عيني خاص مقرر على أموال المدين لمصلحة جماعة الدائنين (٣) جريا على ما يأخذ به القانون

---

(١)انظر كتاب الأم للامام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي الجزء الثالث الطبعة الثانية دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت المرجع السابق صفحة ٢٠٩ .

(٢)انظر كتاب المقنع في فقه امام السنة أحمد بن حنبل تأليف الأمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي الجزء الثانى الطبعة الثالثة المرجع السابق صفحة ١٣٦ .

(٣) انظر محمد سامى مدكور وعلي يونس ، الافلاس ، دار الفكر العربي ١٩٦١ صفحة ٢٢٨ ، وما زال أثر ذلك في بعض القوانين فالمادة ٤٨٧ من القانون البلجيكي تسمح بقيد رهن عقارى Hypothe'que legale على عقارات المدين لصالح جماعة الدائنين .

أنظر : Baron Louis Frederico , précis de droit Commercial , Bruxelles 1970 n°480 , pp . 508 -509 .

الألماني (١)، حيث يعتبر أموال المدين سواء كانت منقولة أم عقارية محملة بحق عيني ، أي برهن عام لمصلحة الدائنين يثبت لهم منذ إشهار الإفلاس .

وهذا هو مذهب الشافعية اذ يرون عدم جواز التصرفات التى ترد على مال المفلس بعد الحجر عليه كالبيع والهبة لتعلق حق الغرماء بهذه الأموال كتعلق حق المرتهن بالشيء محل الرهن (٢) .

ولكن يعاب على هذا التكييف أنه لا يتفق والأصول المرعية في إنشاء الحقوق العينية التبعية ومنعها الرهن ، فهذه الحقوق تستلزم اجراءات شكلية وعلنية وإشهار في سجل الرهن وتضمين ملخص القيد مجموعة من البيانات المتعلقة بالمدين الراهن والدائن المرتهن والشيء محل الرهن (٣) ، وذلك علاوة على أن الحقوق العينية التبعية معينة في القانون على سبيل الحصر وليس من بينها غل اليد (٤) .

٢- ذهب آخرون الى اعتباره تطبيقا للدعوى البوليصية L' action Paulien التى تقضى بعدم نفاذ تصرفات المدين المنطوية على الغش في مواجهة الدائن الذى يضار من هذه التصرفات . فغل يد المدين المفلس يعد تطبيقا لهذه الدعوى المدنية في مجال الافلاس بحيث تعتبر تصرفاته غير نافذة في مواجهة جماعة الدائنين على أن ينوب السنديك

---

(١)من المعروف أن القوانين الجرمانية القديمة لم تعرف طريقة التنفيذ الجماعى على أموال المدين وإنما جرت على مبدأ التنفيذ الفردي،بمعني أن لكل دائن أن يبيع ما يحتجزه من أموال المدين ويستوفي دينه من ثمنه
(٢) انظر : كتاب الأم للإمام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي الجزء الثالث ، الطبعة الثانية دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت المرجع السابق ١٣٩٣ هـ صفحة ٢١٠ .
(٣) انظر المادة ١٦٥ وما بعدها من مشروع قانون المعاملات التجارية الاماراتي .
(٤) وفقا لقانون المعاملات المدنية الاماراتي فان هذه الحقوق هي الرهن التأميني والرهن الحيازى وحقوق الامتياز .
وانظر في نقد هذا الرأي : على الزيني ، المرجع السابق رقم ١٩٨ هامش صفحة ٢١٧.

(أمين التفليسة) عن هذه الجماعة في التمسك بعدم النفاذ (١) .

وهذا ما ذهب اليه المالكية إذ يرون أنه إذا أحاط الدين بمال المفلس - حتي لو لم يرفع أمره للحاكم ليحجر عليه - وتصرف تصرفا ضارا بمصلحة الدائنين ، وهو يعلم بأن ديونه قد أحاطت بماله ، فإن هذا التصرف لا ينفذ في مواجهتهم لأنه ينطوي على غش(٢) .

وهكذا فإن أصحاب هذا الرأي يذهبون الى أن غل يد المفلس مبنى علي افتراض الغش Fraude من جانبه افتراضا مطلقا ، بمعنى أن إشهار الإفلاس يخلق قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس مقتضاها أن المفلس الذى يتصرف في ماله بعد اشهار افلاسه يقصد حتما الإضرار بدائنيه ويرتكب بذلك غشا نحوهم ، الأمر الذي يؤدي لعدم نفاذ تصرفاته في مواجهتهم .

٣- ذهب آخرون الى أن من المبالغة القول بأن المشرع قد وضع قرينة مطلقة على غش المفلس

----

(١) انظر: Claude Dupouy, Le droit de Faillites en France , avant le code de commerce Paris 1960 , P, 115 .

= وانظر : Escarra (!) Cours de droit Commercial , librairie de Recueil Sirey Paris 1952 , pp. 1074 , 1075 .

وانظر: Baron Louis Frederico , précis de droit Commercial , Bruxelles 1970 no 480 p. 507 .

(٢)انظر الشرح الصغير على أقرب المسالك الى مذهب الامام مالك تأليف العلامة أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير الجزء الثالث دار المعارف بمصر ١٣٩٣هـ المطبوع على نفقة سمو الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان رئيس دولة الامارات العربية المتحدة صفحة ٣٦٦ وما بعدها ، وانظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد تأليف الإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي ، الجزء الثاني الطبعة الخامسة مطبعة مصطفى البابى الحلبي مصر ١٤٠١ هـ ١٩٨١م صفحة ٢٨٥ .

تجعل تصرفاته - في مواجهة جماعة الدائنين - غير نافذة ، وارتأوا أن الأقرب للصواب هو أن اشهار الافلاس يؤدي لانتفاء صفة المفلس في ادارة أمواله والتصرف فيها وحلول جماعة الدائنين التي يمثلها أمين التفليسة محله ، الأمر الذي يجعل منه مفتقرا للحق في مباشرة التصرفات بنفسه ، ويؤدي لعدم الاحتجاج بتصرفاته في مواجهة جماعة الدائنين نتيجة لهذا الحلول Subrogation ٠ (١)

٤- وذهب الرأي الراجح الى أن من المتعذر إسناد غل اليد لواحد من المبادىء القانونية المعروفة في القانون المدني ، فنظام الافلاس ذاته هو الذى يعتبر الأساس القانوني لغل اليد، فالإفلاس يشكل حجزا شاملا لأموال المفلس بغية تصفيتها وتوزيع الحصيلة على الدائنين ٠ ومما لا شك فيه أن هذا الحجز يقتضى وضع المال المحجوز تحت يد القضاء تمهيدا لبيعه ، وهذا بدوره يستتبع منع المدين المحجوز عليه من التصرف فى أموال التفليسة ٠ وهكذا ، فإن هذا الحجز الشامل يعتبر بمثابة منع من التصرف Indisponsibilite يؤدى الخروج عليه الى عدم النفاذ أو الاحتجاج Inopposabilité في مواجهة جماعة الدائنين (٢) ٠ ويؤسس البعض (٣) هذه النتيجة استنادا الى أن حكم الافلاس يحدث تعديلا جوهريا في المركز القانوني للدائنين ؛ فبعد أن كان الدائن يعتبر خلفا للمدين تسرى عليه تصرفاته مادامت خالية من الغش ، فإنه يصبح -بعد صدور حكم الافلاس - عضوا في جماعة الدائنين التى تعتبر بدورها من الغير tiers بالنسبة للمدين ، فبذا لا تسري عليها تصرفاته ٠

----

(١) انظر اسكارا ، المرجع السابق صفحة ١٠٧٥ ٠

(٢)انظر : Michel de juglart et Benjamin Lppolito , Droit Commercial ' op . cit . no 1157 , 162 .

وانظر على يونس ، الافلاس في القانون التجاري المصري ، دار الفكر العربي ١٩٥٧ رقم ١١٣ الصفحات ١١٠ - ١١١ ٠

(٣) انظر : محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي ، المرجع السابق رقم ٨٦٤ صفحة ٤٠٩ ٠

المبحث الرابع
النطاق الزمني لغل اليد

أولا: بدء سريان غل اليد:

يترتب غل يد المفلس بحكم القانون de plein droit عن إدارة أمواله والتصرف فيها كأثر مباشر لصدور الحكم بإشهار إفلاسه . فطبقاً للمادة ٢١٦ من القانون التجاري المصري فإن الحيلولة بين المدين المفلس وإدارة أمواله أو التصرف فيها أو التقاضي بشأنها تبدأ من تاريخ الحكم بشهر الإفلاس ودونما حاجة لاتخاذ إجراء آخر كالنشر مثلاً (١) . وعلة ذلك أن الحكم يصدر في جلسة علنية في بلد المفلس ويذيع خبره خاصة وأنه يقترن بإجراءات معينة كإغلاق المحل التجاري ووضع الأختام عليه. ولو تأخرت آثار الإفلاس إلى مابعد نشر الحكم فإن ذلك قد يؤدي للإضرار بالدائنين وإضعاف ضماناتهم إذ قد يعمد المفلس في الفترة الزمنية الواقعة بين صدور الحكم ونشره إلى التصرف في أمواله لأشخاص حسني النّية مما يجعل تصرفه نافذاً في مواجهة جماعة الدائنين (٢) .

ومن المستحسن في <u>الشريعة الاسلامية</u> أن يشهد الحاكم علي الحجر ويأمر منادياً في البلد ليعلن أن فلاناً قد حجر عليه (٣) ، ويرى ابن قدامة أن ذلك مستحب وصولاً لتجنب تعامل الناس مع المفلس من جهة ثم لاحتمال عزل الحاكم ، فيؤدي الإعلان والإشهاد إلى تثبيت الحجر عند الحاكم الجديد والاستغناء عن توقيع حجرجديد (٤) .

---

(١) عندها يكون للمتضرر من عدم النشر أو تأخيره أن يرجع علي الشخص المسؤول مطالباً إياه بتعويض الضرر الذي لحق به .

(٢) انظر : على الزيني ، أصول القانون التجاري ، المرجع السابق رقم ١٩٧ صفحة ٢١٣ .

(٣) انظر : البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، المرجع السابق صفحة ٨٩ .

(٤) انظر : المغني لابن قدامة الجزء الرابع ، المرجع السابق صفحة ٤٨٧ .

وهكذا ، فإن نطاق غل اليد يقتصر على أعمال الإدارة والتصرف التي تتم وتكتمل بعد صدور حكم إشهار الافلاس ، ولا يمتد إطلاقاً ليشمل تلك التي تتم قبل صدوره ، فبذا لا يحتج في مواجهة جماعة الدائنين بأعمال المدين المفلس اللاحقة لتاريخ ذلك الحكم ، بينما يحتج في مواجهتها بالأعمال السابقة علي صدوره ، كل ذلك مع مراعاة البطلان الخاص بفترة الريبة ٠

وبناء على ماسبق ، فإن من الأهمية بمكان تحديد الوقت الذي يتم فيه التصرف لتقرير ماإذا كان هذا التصرف مشمولاً بغل اليد أم لا ٠ وقد تدق المسألة بالنسبة لبعض التصرفات وفقاً للتفصيل التالي :

ففي العقود التي تتم بين غائبين عن طريق المراسلة Cantrat Par Correspondance يلاحظ أن المادة ١٤٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي (١) تقضي بأن :

" ١ - يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ٠

٢ - ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول مالم يقم الدليل على عكس ذلك " ٠

وتطبيقاً لذلك ، فإنه اذا علم المتعاقد الموجب بقبول المفلس بعد شهر الإفلاس ، فلا يُحتج بالعقد في مواجهة جماعة الدائنين ، ويكون العقد مشمولاً بغل اليد ، أما اذا علم بقبوله قبل شهر الافلاس ، فإنه يستطيع الاحتجاج به في مواجهة جماعة الدائنين مالم

---

(١) تقابلها المادة ٩٧ من القانون المدني المصري ٠

يكن قد وقع خلال فترة الريبة (١).

وإذا عمد المفلس إلى حوالة حق ، فإن الحوالة لا تكون نافذة في حق الغير (أي في مواجهة جماعة الدائنين) إلا بإعلانها رسمياً للمحال عليه أو قبوله لها بوثيقة ثابتة التاريخ (٢) .

وقد ثار الخلاف بخصوص التصرفات التي يجريها المدين في يوم صدور الحكم بإشهار إفلاسه ، ولكن في لحظة زمنية سابقة على اللحظة التي صدر فيها الحكم ، فهل يمكن الاحتجاج بهذه التصرفات في مواجهة جماعة الدائنين أم لا ؟

ذهب رأي إلى جواز الاحتجاج بالتصرفات في مواجهة هذه الجماعة طالما أنها تمت في لحظة زمنية سابقة علي لحظة صدور الحكم وذلك مراعاة للغير حسن النية (٣) . واتّساقاً مع مقتضى نص المادة ٢١٦ من القانون التجاري المصري الذي يقضي بأن " الحكم بإشهار الإفلاس يوجب بمجرد صدوره رفع يد المفلس " .

وذهب رأي آخر إلى عدم جواز الاحتجاج بهذه التصرفات في مواجهة جماعة الدائنين طالما

---

(١) انظر محمد سامي مدكور وعلي يونس ، الافلاس ، دار الفكر العربي ١٩٦١ صفحة ٢٣٤ .

(٢) انظر المواد ١١٣٠ / ٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي و٣٠٥ مدني مصري و١٦٩٠ مدني فرنسي .

(٣) من هذا الرأي : على جمال الدين عوض ، الإفلاس ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ١٩٨٦ صفحة ٨٥ والزميل حسني المصري ، الإفلاس الطبعة الأولى ١٩٨٨ رقم ١٢٦ صفحة ١٥٥ .

أنها قد تمت في يوم صدور الحكم وبغض النظر عن ساعة صدوره (١).

وحسماً لهذا الخلاف الفقهي جاء نص المادة ٦٨٥من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي ليقضي باعتبار التصرفات التي يجريها المفلس في يوم صدور حكم اشهار الإفلاس حاصلة بعد صدوره (٢) . فبذا لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة جماعة الدائنين بغض النظر عن ساعة وقوعها . وواضح أن في ذلك تغليباً لمصلحة جماعة الدائنين على مصلحة الغير حسن النية .

ومن جانب آخر ، فقد ثار الخلاف بخصوص التصرفات التي لا تنعقد أو لا يحتج بها في مواجهة الغير إلا بالتسجيل ، كما هو الحال بالنسبة لانتقال الملكية في العقار الذي لا يتم إلا بالإشهار عن طريق القيد في السجل العقاري ، فهل يُحتج في مواجهة جماعه الدائنين بانتقال ملكية العقار الذي باعه المدين ثم صدر حكم بإشهار إفلاسه قبل تسجيل عقد البيع ؟

وكما هو الحال بالنسبة للرسمية التي تلزم لانعقاد عقد بيع السفينة ، فهل يُحتج في مواجهة جماعة الدائنين بعقد بيع سفينة تمّ قبل اشهار إفلاس البائع إلاّ أن الرسمية فيه قد تراخت بحيث وقع الإفلاس قبل إتمامها ؟

---

(١) من هذا الرأي : الياس ناصيف ، الكامل في التجارة ، الافلاس ، المرجع السابق صفحة ٢٢٢ ، محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري ، الجزء الأول ١٩٥١ صفحة ٤٨٣ ، محمد سامي مدكور وعلي يونس ، الإفلاس ، المرجع السابق صفحة ٢٢٥ ؛ وهذا هو المستقر في الفقه الفرنسي .

(٢) على هذا النحو وردت نصوص المواد ١/٥٧٧ تجارة كويتي و ٦٠٦ تجارة عماني و١/٣٤ إفلاس بحريني بينما اكتفت المادة ١١٠ من نظام التجارة السعودي بالإشارة إلى اعتبارتصرفات المفلس الفعلية والقولية غير نافذة اعتباراً من تاريخ الإفلاس .

لقد بات من المستقر الآن أنه لا يمكن الاحتجاج بهذه التصرفات في مواجهة جماعة الدائنين إلا إذا اكتملت الإجراءات اللازمة لها قبل صدور حكم الإفلاس ، فعلى هذا النحو جرى حكم محكمة التمييز اللبنانية بتاريخ ١ / ٣ / ١٩٦٥ (١) ، وهو ما أخذ به حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر في ١١أبريل سنة ١٩٥٨ (٢) ، حيث قضت المحكمة بأن لا يعتبر حق الملكية قد ترتب للمشتري على العقار لعدم تسجيل عقد البيع الصادر من المفلس حتى صدور حكم الإفلاس ، ولا يجوز لهذا المشتري الاحتجاج بالبيع في مواجهة جماعة الدائنين الذين لهم اعتبار العقار باقياً في ذمة المفلس وضمن الضمان العام المقرر لهذه الجماعة ، وللمشتري أن يشترك في التفليسة بالثمن إن كان قد أداه قبل شهر الإفلاس ، ذلك لأن حكم الافلاس قد أدرك العقار وهو لا يزال في ملكية المفلس وقد تعلق به غل اليد ، فلا يجوز بعد ذلك إتمام أي إجراء يترتب عليه إفلاته من الضمان العام المقرر للدائنين . ولا يمكن الاحتجاج بتسجيل صحيفة دعوى المشتري، ذلك أن هذا التسجيل لا يكسبه ملكية العقار .

وقياساً على ذلك ، فإذا عمد حامل الأسهم إلي بيع أسهمه الاسمية لمشترٍ قبل إشهار إفلاسه ، إلاَّ أنه تراخى في نقل ملكية الأسهم في سجل الأسهم الموجود لدى الشركة المصدرة لها بحيث صدر الحكم بإشهار الافلاس قبل إتمام النقل ، فلا يكون أمام مشترى الأسهم إلاَّ أن يعتبر دائناً للمفلس بالثمن الذي دفعه وبالتالي الخضوع لقسمة الغرماء .

---

(١) انظر النشرة القضائية ١٩٧٦ العدد التاسع رقم ٢١٧ صفحة ٣٥٣ .

(٢) انظر استئناف القاهرة ، الدائرة الثامنة التجارية في ١٩٥٨/٤/١١ رقم ٤٣٢ سنة ٧٣ ق ، مشار اليه في عبد المعين لطفي جمعة ، موسوعة القضاء في المواد التجارية ، المرجع السابق رقم ٨٦٢ صفحة ٤٠٩ .

ويرى زميلنا الدكتور حسني المصري (١) . أنه يجوز تسجيل ملكية العقار حتى آخر لحظة من لحظات الجلسة التي يصدر فيها حكم إشهار إفلاس البائع طالما كان المشتري حسن النيّة بأن كان لا يعلم بدعوى شهر الإفلاس (٢) ، فإذا لم يتم التسجيل حتى تلك اللحظة فإن التصرف لا ينفذ في مواجهة جماعة الدائنين لسريان مبدأ غل اليد لمجرد صدور الحكم ، بمعنى أنه يُمكن الاحتجاج ببيع العقار في مواجهة جماعة الدائنين إذا تمّ التسجيل في نفس يوم صدور الحكم بإشهار الإفلاس ، ولكن في لحظة سابقة لهذا الصدور .

وحسماً لهذه المسألة كذلك جاء نص الفقرة الثانية من المادة ٦٨٥ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي ليُقرر أنه " إذا كان التصرف مما لا ينعقد ولاينفذ في حق الغير إلا بالتسجيل أو غيره من الاجراءات ، فلا يسري على جماعة الدائنين إلا إذا تمّ الإجراء قبل صدور حكم الإفلاس (٣) .

أما بالنسبة للشريعة الاسلامية فيرى جمهور الفقهاء أن تقييد تصرفات المدين إنما يتم بعد الحجر عليه ، بينما يرى المالكية أن لمن أحاط الدين بماله ثلاثة أحوال (٤) :

---

(١) انظر : حسني المصري ، الإفلاس ، المرجع السابق هامش رقم ١٢٦ صفحة ١٥٦ .

(٢) يُفترض هنا أن لا يكون المشتري من جماعة الدائنين حيث لا يسعه الادعاء بحسن النّية وبعدم معرفته بالحكم القاضي بإشهار الافلاس اذا كان منهم .

(٣) مطابقة للفقرة الثانية من كل من المادتين ٥٧٧ تجارة كويتي و ٣٥ إفلاس بحريني وللمادتين ٦٠٦ عماني و٢١٧ مصري .

(٤) انظر : بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، المرجع السابق صفحة ١٢٤ ، وانظر : وهبة الزحيلي الفقه الاسلامي وأدلته الجزء الخامس ، تتمة عقود الملكية وتوابعها ، دار الفكر بدمشق الطبعة الأولى ١٤٠٤ هـ . ١٩٨٤ م الصفحات ٤٥٦ - ٤٥٧ .

الأولى : قبل التفليس : أي قبل نزع ماله منه وإعطائه للدائنين ، وفيها يُمنع من التصرف في ماله بغير عوض فيما لايلزمه (١) مّما لم تجرِ العادة بفعله من هبة وصدقة وعتق (٢) وإقرار بدينٍ لشخص يُتهم عليه كولده وزوجته ، أمّا من لايُتهّم عليه فيُعتد بإقراره له . أما تصرفه بعوض فجائز مالم تكن فيه محاباة .

الثانية : الإفلاس بالمعنى الأعم : وفيها لا يُرفع أمره إلى الحاكم وإنما يقوم عليه الغرماء الذين يكون لهم منعُه حتى من البيع والشراء والأخذ والعطاء ولو بغير محاباة ، ويُقبل إقراره لمن لا يُتهم عليه اذا كان في مجلس واحد أو قريباً بعضه من بعض .

الثالثة : الإفلاس بالمعنى الأخص : وفيها يحكم القاضي بتفليسه ويخلع ماله لغرمائه ، وتتحقق هذه الحالة بطلب الغرماء ، ويُمنع من التبرعات والمعاوضات المالية .

هذا ، وقد تبنت رأي الجمهور المادة ٢/٤٠٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي إذ قضت بأنه يترتب على الحكم بالحجر ألاّ ينفذ في حق دائني المدين جميعاً تصرفه في ماله الموجود والذي يوجد بعد (٣) . وإقراره بدين لآخر منذ **تسجيل مضمون الدعوى** . فرعاية لمصالح الغير استلزمت المادة ٤٠٤ من قانون المعاملات المدنية

---

(١) المقصود فيما لم يطلب منه شرعاً ، أما المطلوب منه شرعاً كالنفقة على الأبناء فتصرفه بالنسبة إليه جائز حتى لو كان بغير عوض .

(٢) أمّا ماجرت به العادة كالزواج فجائز .

(٣) انظرماسبق صفحة ٢١٠ . علماً بأن مجلة الأحكام العدلية قد أخذت برأي الجمهور إذ جاء نص مادتها آل ١٠٠١ على النحو التالي " الحجر للمدين يؤثر في مال المديون الذي كان موجوداً في وقت الحجر فقط ، ولايؤثر في المال الذي تملكه بعد الحجر " .

الإماراتي أن يقوم كاتب المحكمة بتسجيل مضمون دعوى الحجر في سجل خاص يُرتب بحسب أسماء المدينين المطلوب الحجر عليهم . وأصبح من المتعين على الكاتب تسجيل حكم الحجر من تلقاء نفسه في يوم النطق به ، فإذا صدر الحكم بالحجر انصرف أثر عدم نفاذ تصرف المحجور عليه في حق دائنيه بأثر رجعي إلى يوم تسجيل مضمون دعوى الحجر لا إلى لحظة صدور الحكم بالحجر ، بمعنى أن يُصبح لصدور الحكم بالحجر أثر متعدٍ بحيث تُصبح تصرفات المحجور عليه غير نافذة في حق دائنيه من يوم تسجيل مضمون دعوى الحجر .

ثانياً: انتهاء سريان غل اليد:

يظل غل اليد قائماً طالما كانت التفليسة قائمة والى أن تنتهي حالة الإفلاس إما بالصلح أو الاتحاد . وإذا حدث وتم الاتفاق على الصلح مع ترك أموال المدين للدائن ، أو حدث أن أقفلت التفليسة لعدم كفاية أموال المدين ، فإن غل اليد يبقى قائماً كذلك(١) ، ويحل السنديك (أمين التفليسة) محل المدين المفلس في إدارة أمواله أو التصرف فيها أو التقاضي بشأنها وصولاً لبيع موجودات التفليسة وتوزيع الثمن على الدائنين قسمة غرماء .

ولايزول غلّ إلا بانتهاء التفليسة بالصلح أو بالاتحاد وعندها يسترد المفلس حريته في الادارة والتصرف والتقاضي منذ لحظة الانتهاء وبالحالة التي تكون عليها الأمـــوال

---

(١) انظر : على حسن يونس ، الإفلاس في القانون التجاري المصري ، المرجع السابق رقم ١١١ صفحة ١٠٨ .

لا بأثر رجعي (١) .

ونظراً لأن حكم إشهار الافلاس يُنشىء حالة قانونية جديدة تتجسد في غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها أو التقاضي بشأنها وحلول أمين التفليسة محله في ذلك ، فإن صدور أمر من محكمة النقض بوقف تنفيذ ذلك الحكم يُجرد أمين التفليسة من سلطاته التي خوله إياها القانـــون ، ويُعيـــد للتاجر -وبصفة مؤقتة - صلاحية إدارة أمواله ، والتقاضي بشأنها إلى أن يتقرر مصير حكم إشهار الإفلاس بقضاء من محكمة النقض في الطعن المطروح عليها (٢) .

وفي الشريعة الاسلامية : ينتهي غل اليد عموماً بفك الحجر علي المدين المفلس سواء تم ذلك بحكم الحاكم أم بمجرد قسمة الأموال . وواقع الأمر أن الفقهاء المسلمين قد انقسموا بالنسبة لمسألة فك الحجر عن المفلس - وبالتالي انتهاء سريان غل اليد - إلـــى فريقين (٣) :

فريق يرى أن الحجر لا ينفك إلا بحكم القاضي ، فهو أمر ثبت بحكمه فبـــذا

---

(١) انظر استئناف مختلط ١٨ ابريل ١٩٣٧ ، المحاماة ، السنة ١٧ ، صفحة ١١٠٦ .

(٢) انظر نقض ٢٢ / ١ / ١٩٧٩ طعن ٩٧٥ س ٤٧ ق . مشار اليه في مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة النقض ، الجزء الرابع ، أنور طلبة ، دارالمطبوعات الجامعية ١٩٨٣ رقم ١١٢ صفحة ١٥٤ .

(٣) انظر كتاب الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل تأليف شيخ الاسلام محمد موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي المرجع السابق صفحة ١٨٧ .

لاينفك إلا به ، وهذا هو رأي الصاحبين محمد وأبي يوسف (١) .والرأي الأظهر لدى الشافعية (٢) ، وبعض الحنابلة (٣) .

وفريق يرى أن الحجر يزول بمجرد الانتهاء من قسمة الأموال ودونما حاجة لفك القاضي ، حيث بهذه القسمة يتحقق المعنى الذي شُرع من أجله الحجر ، وهو حفظ المال على الغرماء ، مما يستتبع ضرورة زوال الحجر بزوال هذا المعنى وذلك عملاً بالقاعدة الفقهية التي تقضي بأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ، وهذا هو رأي المالكية (٤)، الذين أضافوا أن الحجر على المفلس ليس كالحجر على السفيه ، فهو يثبت حتى قبل حكم الحاكم ، فبذا يُمكن أن ينقضي بدون حكمه ، خلافاً للحجر علي السفيه الذي لا يثبت إلا بحكمة ، وبالتالي لا ينقضي إلا بذلك الحكم ، كما أن هذا هو الرأي الأظهر لدى الحنابلة وبعض الشافعية .

----

(١) انظر : المغني ويليه الشرح الكبير للإمامين موفق الدين ابن قدامة وشمس الدين ابن قدامة المقدسي دار الكتاب العربي للتوزيع والنشر ، بيروت ، لبنان ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م صفحة٥٢٥ .

(٢) انظر :المهذب في فقه الإمام الشافعي ، تأليف أبي اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزأبادي الشيرازي ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت لبنان ١٣٧٩ هـ ١٩٦٩ م صفحة ٣٣٤ .

(٣) انظر : الروض المربع ، شرح زاد المستنقع ، المرجع السابق صفحة ٢٠٣ ، وانظر : المغني لابن قدامة ، الجزء الرابع المرجع السابق صفحة ٤٩٧ .

(٤) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، المرجع السابق صفحة ٢٦٨ .

الخلاصة

غل اليد **لغةً** وضع طوقٍ فيها بقصد تقييدها ، **وقانوناً** الحيلولة بين المدين المفلس وإدارة أمواله والتصرف فيها والتقاضي بشأنها وإسناد ذلك لأمين التفليسة ، **وشرعاً** المنع من التصرفات المالية أو التصرف في الملك .

وهو أمر أقرته التشريعات المختلفة باعتباره أثراً من الآثار المترتبة على حكم شهر الإفلاس كما أقره جمهور الفقهاء المسلمين عن طريق الحجر على المدين ، في حين عارضة كل من **أبي حنيفة** تأسيساً علي أنه لا يُحجر على العاقل البالغ لأن في الحجر عليه إهداراً لآدميته وإلحاقاً له بالبهائم ، **وابن حزم** الذي ذهب إلى أنه لا يجوز الحجر على أحد في ماله إلا على من لم يبلغ أو على مجنون في حال جنونه .

وتتجسد الغاية من غل اليد في المحافظة على حقوق الدائنين وحمايتهم من تصرفات المدين المفلس من جهة ثم في رعاية مصلحة المدين نفسه من جهة أخرى ، إذ يُخشى أن يستغل المدين بقاء أمواله تحت يده فيعمد إلي مباشرة تصرفات تضّر بالدائنين كأن يّبددها أو يهمل إدارتها مما يؤدي لنقصان الضمان العام ، أو يُحابى بعض الدائنين عن طريق الوفاء بديونهم فقط مما يُخل بمبدأ المساواة بين الدائنين . هذا من جانب ، ومن جانب آخر ، فإن غل اليد يُعتبر شبحاً يُخيف المدينين مما يشكل رادعاً قوياً يحفزهم على تحاشي الوصول لمرحلة الاكتواء بناره .

أما بالنسبة للمدين ذاته ، فإن غل يده يشكل فرصة لتخلصه من عبء المديونية

بطريقة سليمة قد يتمكن بعدها من العودة لمباشرة نشاطه بصحيفة بيضاء .

ولئن تمثل غل اليد في مفهومنا الحالي بالحيلولة بين المفلس وإدارة أمواله والتصرف فيها والتقاضي بشأنها إلا أن هذا المفهوم لم يستقر إلا بعد مراحل طويلة من التطور ، فقد كان جسد المدين محلاً للتنفيذ في القانون الروماني حيث كان المدين يُباع أو يُسترق أو تتوزع أشلاؤه بين دائنية ، واستمر ذلك حتى العهد البريتوري الذي جعل أموال المدين ، لا جسده ، محلاً للتنفيذ .

وفي المانيا ساد نظام فردي يُخول كل دائن الحق في حجز أى جزء من أموال المدين بحيث يُصبح ذا سلطة عليه تمكنه من استيفاء دينه من قيمة ذلك المال بالأولوية على سائر الدائنين ، وتأثَّر القانون الفرنسي في البداية بالقانون الألماني ، ومن ثمّ بالقوانين الإيطالية التي تأثرت بدورها بالشريعة الاسلامية كنتيجة للاحتكاك بالمسلمين في الحروب الصليبية.

ويُسجل للشريعة الاسلامية بحق وضع اللبنات الأولى لنظام الافلاس بمفهومه الحديث أي القائم على التصفية الجماعية لأموال المدين ، ويتضح ذلك جلياً من تبنيها لمجموعة من المبادىء التي وجدت طريقها للاستقرار في القوانين الأخرى منها تأدية الحجر للتصفية الجماعية لأموال المدين حتى لو استند قرار الحجر إلى طلب أحد الدائنين فقط ، وبقاء أموال المدين على ملكه رغم الحجر عليه ، وسقوط آجال الديون بسبب الحجر ، وعدم الحجر مالم تكن الديون حالة ، وتأدية الحجر لغل يد المدين عن إدارة أمواله الموجودة وقت الحجر وتلك التي تجدّ بعد ذلك نظراً لتعلق حق الدائنين بها .

وعلى الرغم من اجماع الفقه والقضاء على عدم اعتبار غل اليد نوعاً من نقص

الأهلية ، أو نزعاً للملكية إلا أن الخلاف حول ردّه لأساس قانوني معين قد بقى قائماً . فقد ذهب رأي إلى اعتباره نوعاً من **حق عيني خاص** مقرر على أموال المدين لمصلحة جماعة الدائنين ، وقال اخرون إنه لا يعدو كونه تطبيقاً **للدعوى البوليانية** إذ أن تصرفات المدين تُعتبر منطوية على غش ، وبالتالي فإنها لا تكون نافذة في مواجهة جماعة الدائنين . وذهب فريق ثالث إلى أن إشهار الإفلاس يؤدي لانتفاء صفة المفلس في إدارة أمواله والتصرف فيها **وحلول جماعة الدائنين** محله . الأمر الذي يجعل من تصرفاته غير نافذة في مواجهة هذه الجماعة نتيجة هذ الحلول .

والواقع أن من المتعذر التسليم برد غل اليد لواحد من المبادىء القانونية المعروفة في القانون المدني ، فغل اليد يستمد ذاتيته من نظام الإفلاس ذاته . فبذا تنعقد لهذا النظام أبوة ذلك الغل ويُعتبر أساسه القانوني . ومن المعلوم أن الإفلاس يُشكل حجزاً شاملاً لأموال المدين وصولاً لتصفيتها وتوزيع الحصيلة على الدائنين ، الأمر الذي يستلزم رفع يد المدين عن التصرف فيها وإسناد ذلك لأمين التفليسة وعليه ، فإن هذا الحجز الشامل يُعتبر بمثابة **منع من التصرف يؤدي الخروج عليه إلى عدم النفاذ أو عدم الاحتجاج في مواجهة جماعة الدائنين .**

أما من حيث النطاق الزمني لغل اليد ، فمن المعلوم أن هذا الغل يترتب كأثر مباشر منذ يوم صدور حكم الإفلاس وبغض النظر عن ساعة ذلك الصدور أو عن نشر الحكم أو عدم نشره .

وإذا كان التصرف الذي باشره المدين المفلس من العقود التي تتم بين غائبين عن طريق المراسلة فإنه يكون مشمولاً بغل اليد اذا علم المتعاقد الموجب بقبول المفلس بعد شهر الافلاس ، أما إذا علم بذلك القبول قبل شهر الافلاس فإنه لا يكون مشمولاً بغل اليد ،

بمعنى أنه يستطيع الاحتجاج بالعقد في مواجهة جماعة الدائنين مالم يكن قد وقع خلال فترة الريبة .

وإذا كان التصرف مما لا ينعقد أو لا يُحتج به في مواجهة الغير إلا بالتسجيل أو باتباع اجراءات معينة أخرى فإن العبرة - فيما يتعلق بكونه مشمولاً بغل اليد أو غير مشمول به - هي باكتمال الاجراءات والتسجيل قبل صدور حكم الافلاس أو عدم ذلك الاكتمال بحيث لايُحتج بالتصرف في مواجهة جماعة الدائنين إلا إذا تمّ الإجراء أو التسجيل قبل صدور حكم الإفلاس .

وقريب من ذلك موقف الشريعة الاسلامية إذ يرى جمهور الفقهاء المسلمين أن تقييد تصرفات المدين إنما يتم بعد الحجر عليه ، بينما يرى المالكية أن التقييد يقوم في ثلاث مراحل تبدأ حتى قبل الحجر علي المدين مع تفاوت في مدى هذا التقييد ، فقبل التفليس يُمنع من التصرف في ماله بغير عوض في غير الأغراض المطلوبة منه شرعاً كالنفقة على الأبناء ، وفي مرحلة الإفلاس بالمعنى الأعم أي حين يقوم عليه الغرماء دون رفع أمره إلي الحاكم يُمنع من البيع والشراء والأخذ والعطاء ولو بغير محاباة ولكن يُقبل إقراره لمن لا يُتهم به ، وفي مرحلة الإفلاس بالمعنى الأخص حيث يحكم القاضي بتفليسه يُخلع ماله لغرمائه ويُمنع من التبرعات والمعاوضات المالية .

ويظل غل اليد قائماً إلي أن تنتهي التفليسة بالصلح أو الاتحاد ، وإذا حدث وتم الاتفاق على الصلح مع ترك أموال المدين للدائنين . أو حدث أن أقفلت التفليسة لعدم كفاية أموال المدين ، فإن غل اليد يبقى قائماً ، وبالمقابل فإذا صدر أمر محكمة النقض بوقف تنفيذ حكم الافلاس ، فإن ذلك يؤدي لتجريد أمين التفليسة من الصلاحيات التي خوله إياها القانون ، وبالتالي استعادة المدين لصلاحية إدارة أمواله والتصرف فيها إلى أن

يتقرر مصير حكم إشهار الافلاس .

وفي الشريعة الاسلامية ، ذهب رأي إلى أن الحجر المؤدي لغل اليد لا ينفك إلا بحكم القاضي تأسيساً على أنه أمر ثبت بحكمه فلا ينفك إلا به ، بينما ذهب رأي آخر إلى أن الحجر يزول بمجرد الانتهاء من قسمة الأموال ودونما حاجة لفك القاضي حيث تؤدي القسمة لتحقيق العلة التي شُرع من أجلها الحجر والمتمثلة في حفظ المال على الغرماء وذلك عملاً بالقاعدة الفقهية التي تقضي بأن المعلول يدور علته وجوداً وعدماً .

مراجع البحث

اولا - مراجع لغوية :

١ - **لسان العرب** لابن منظور رقم ٥ دار المعارف بدون تاريخ .

٢ - **المفردات في غريب القرآن** تأليف أبي القاسم الحسن بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني شركة مكتبة ومطبعة مصطفي الحلبي مصر ١٩٦١ .

٣ - **المنجد في اللغة والإعلام** ، الطبعة السابعة والعشرون ، منشورات دار المشرق بيروت ١٩٨٤ .

ثانيا - كتب الائمة الفقهاء :

٤ - **الاختيار لتعليل المختار** تأليف عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ، المجلد الأول ، الجزء الثاني الطبعة الثالثة ، دار المعرفة بيروت ١٣٩٥ هـ ١٩٧٥ م .

٥ - **الأم** لأبي عبدالله محمد بن ادريس الشافعي ، راوية ابن محمد الربيع بن سليمان المرادي ، الجزء الثالث طباعة دار الشعب ، القاهرة ١٣٨٨ هـ ١٩٦٨ .

٦ - **الأم** للإمام أبي عبدالله محمد بن ادريس الشافعي ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ١٣٩٣ هـ -١٩٧٣ م .

٧ - **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** لمحمد بن أحمد بن محمد القرطبي، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة مطبعة مصطفى الحلبي مصر١٣٧٥هـ- ١٩٧٥م.

٨ - **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** تأليف الامام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي ، الجزء الثاني . الطبعة الخامسة مطبعة مصطفى الحلبي مصر ١٤٠١ هـ .

٩ - **البحر الزخّار الجامع لمذاهب علماء الأمصار** لأحمد بن يحيى بن المرتضى،الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة بيروت ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٥ م .

١٠ - **بُلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الإمام مالك** تأليف أحمد بن محمد الصاوي المالكي الجزء الثاني ، مطبعة مصطفى الحلبي مصر ١٣٧٢ هـ -١٩٥٢م.

١١ - **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** لشمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، الجزء الثالث ، مطابع عيسى الحلبي ، مصر بدون تاريخ .

١٢ - **حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء** تأليف سيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال تحقيق ياسين درادكة ، الطبعة الأولى . دار الباز مكتبة الرسالة ١٩٨٨ م .

١٣ - **الروض المربع ، شرح زاد المستنقع ، مختصر المقنع في** فقه امام السنة أحمد بن حنبل تأليف شرف الدين أبي النجا الحجاوي الجزء الأول مكتبة الرياض الحديثة الطبعة السادسة ١٣٧٩ هـ .

١٤ - **الشرح الصغير على أقرب المسالك الى مذهب الإمام مالك** تأليف العلامة أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، الجزء الثالث ، دار المعارف مصر ١٣٩٣ هـ .

١٥ - **شرح فتح القدير** تأليف الامام كمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابن همام الحنفي ، الجزء السابع ، الطبعة الأولى ،المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ١٣١٧ هـ والذي أعادت طبعه بالأوفست مكتبة المثنى ببغداد .

١٦ - **طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية** تأليف الشيخ نجم الدين بن حفص

١٣١١ هـ والذي أعادت طبعه بالأوفست مكتبة المثنى ببغداد .

١٧ - **الفتاوي الهندية** في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان تأليف الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام ، المجلد الثالث ، الطبعة الثالثة دار احياء التراث العربي بيروت ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .

١٨ - **الكافي فقه الامام أحمد بن حنبل** تأليف أبي محمد موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، المكتب الاسلامي ، بيروت ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٨ م .

١٩ - **الكافي في فقه أهل المدينة المالكي** تأليف أبي عمر يوسف بن عبدالله القرطبي تحقيق محمد محمد أحيد الموريتاني ، الطبعة الأولى ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م .

٢٠ - **المحلّي لابن حزم** ، الجزء الخامس ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

٢١ - **المغني لابن قدامة** تحقيق وتعليق محمد سالم محيسن وشعبان محمد اسماعيل ، الجزء الرابع ، مكتبة الجمهورية العربية - مكتبات الكليات الأزهرية، بدون تاريخ .

٢٢ - **المغني ويليه الشرح الكبير** للإمامين موفق الدين ابن قدامى وشمس الدين ابن قدامى المقدسي ، دار الكتاب العربي للتوزيع والنشر ، بيروت ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

٢٣ - **المُقنعْ في فقه امام السنة أحمد بن حنبل** تأليف الامام موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، المطبوع على نفقة سمو الشيخ خليفة بن حمد آل ثاني أمير دولة قطر سنة ١٣٩٣ هـ .

٢٤ - **المُنتقى ، شرح موطأ إمام دار الهجرة مالك بن أنس رضي الله عنه** ، تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الأندلسي ، الطبعة الأولى

مطبعة السعادة مصر ١٣٣٢ هـ .

٢٥ - **المهذب في فقه الامام الشافعي** تأليف أبي اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي الجزء الأول . الطبعة الثانية ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت لبنان ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

٢٦ - **نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد بن قودر** ، وهي تكملة فتح القدير للمحقق الكمال ابن الهمام الجزء التاسع ، الطبعة الثانية ، دار الفكر بيروت ١٣٩٧ هـ ١٩٧٧ م .

ثالثا - كتب فقهية حديثة :

٢٧ - **عبدالرزاق السنهوري** ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، الجزء الخامس .

٢٨ - **عبدالغفار ابراهيم صالح** ، الإفلاس في الشريعة الاسلامية ، دراسة مقارنة، مطبعة السعادة ، القاهرة ١٩٨٠ م .

٢٩ - **محمد مصطفى شلبي** ، المدخل في التعريف في الفقه الاسلامي ، دار النهضة العربية بيروت ١٩٦٩ م .

٣٠ - **وهبة الزحيلي** ، الفقه الاسلامي وأدلته ، الجزء الرابع الطبعة الثانية دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

٣١ - **وهبة الزحيلي** ، الفقه الاسلامي وأدلته ، الجزء الخامس الطبعة الثانية دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

رابعاً - كتب قانونية :

٣٢ - **الياس ناصيف** ، الكامل في قانون التجارة ، الافلاس ، الطبعة ، الأولى ، بيروت ١٩٨٦ م .

٣٣ - **أنور طلبة** مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة النقض ، الجزء

الرابع، دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٣ - ١٩٨٣ م .
٣٤ - **حسني المصري** ، القانون التجاري ، الأفلاس ، الطبعة الأولى ١٩٨٨ م .
٣٥ - **حسين النوري** ، عوارض الأهلية ، مطبعة لجنة البيان العربي ١٩٥٣ م .
٣٦ - **زهدي يكن** ، تاريخ القانون ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى بيروت ١٩٦٦ م .
٣٧ - **شكري أحمد سباعي** ، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن ، الجزء الثالث ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، **الرباط** ١٩٨٦ م .
٣٨ - **عبدالمعين لطفي جمعة** موسوعة القضاء في المواد التجارية ، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر ، القاهرة ١٩٦٧ م .
٣٩ - **علي البارودي ومحمد فريد العريني** ، القانون التجاري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ١٩٨٦ م .
٤٠ - علي جمال الدين عوض ، الافلاس ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ١٩٨٦م.
٤١ - **علي حسن يونس** ،الافلاس في القانون التجاري المصري ، دار الفكر العربي ١٩٥٧ م .
٤٢ - **على الزيني** ، أصول القانون التجاري ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، مكتبة النهضة العربية ١٩٤٦ م .
٤٣ - **محسن شفيق** ، القانون التجاري الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ١٩٧٢ م .
٤٤ - **محسن شفيق** ، الوسيط في القانون **التجاري** ، الجزء الأول ، ١٩٥١ م .
٤٥ - محمد سامي مدكور وعلي يونس ، الافلاس ، دار الفكر العربي١٩٦١ م .
٤٦ - **مدحت محمد الحسيني** ، الأفلاس ، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ١٩٩٣ م .

٤٧ - مصطفى طه ، القانون التجاري ، الأورق التجارية والافلاس ، الاسكندرية ١٩٨٢ م .

٤٨ - مصطفى طه ، القانون التجاري ، الاسكندرية ١٩٨٦ .

خامساً - مراجع اجنبية :

4 9 - Baron Louis Frederico, Précis de droit commercial, Bruxelles 1970.

50 - Charleworth's Mercantile Law , 14 th edition by Clive M. Schmitthoff and David Sarre , London 1984 .

5 1 - Claude Dupouy, Le droit de faillites en françe avant le code de commerce, Paris 1960.

52 - Escarra (J.) Cours de droit Commercial , librairie de Recueil , Sirey , Paris 1952

53 - Goode (R.M.) Commercial law , London 1985 .

54 - Grant W. Newton, Bankruptcy and Insolvency Accounting , practice and procedure , N.Y.1981.

55 - Hamblin and wright , Introduction to Commercial Law , Sweet and Maxwell , London 1982 .

56 - Louis Levinthal , the early history of bankruptcy law , university of Pennsylvania law Review , vol. 66(1917 -1918).

57 - Michel de juglart et Benjamin Ippolito , Droit Commerial , troisiéme volume , 2e edition , Paris 1977 .

58 - Ripert (G.) Durnard (P.) et Robolt , Traité elementaire de droit commercial , tome 2 , Paris 1961 .



المحتويات

الصفحة

* تصدير أ.د رئيس التحرير ٩

* أهداف المجلة وقواعد النشر ١١

* البحوث والدراسات الشرعية :

- تأملات في مواقف الفقه الإسلامي المعاصر من قضية التأمين ١٥

أ.د مصطفى محمد الجمال

- المرأة ومنصب القضاء في الفقه الإسلامي ٦٥

أ.د محمود أحمد أبو ليل

- خيار النقد وتطبيقاته في معاملات المصارف الإسلامية ١٥٩

د. محمد عثمان شبير

- القواعد الأصولية لدفع التعارض بين النصوص في الفقه الإسلامي ٢١١

د. عبد السلام صبحي حامد

- أحكام السرقة في الشرع الإسلامي ٢٦٠

د. محمد جبر الألفي

* البحوث والدراسات القانونية :

-غل يد المفلس : ماهيته ونطاقه الزمني ٣٧٥

د. حسين يوسف غنايم

CONTENTS

* The Aims of the journal and publication policy 7

* Views on the position of the contemporary Islamic 9
jurisprudence on the question of Insurance .
Prof. Dr. Mustafa El-Gammal

* The Woman and the Judical position in Islamic 13
Jurisprudence
Dr. Mohmoud Abu-Lail

* The Right of Khiyar Al-Naqd in Transactions of 15
Islamic Banks
Dr. Mohmed Osman Shubair

* Jurisprudential Principles of Repulsing Principles 16
Contrediction Among Previsions in the Islamic Jurisprudence .
Dr. Abdul Salam S. Hamid

* The Rules of Larceny in Islamic Law 17
Dr. Mohamed El-Alfy

* Handcuffing of a bankrupt 19
Dr. Hussein Ghanayem

* The Determination of Applicable Law in International 22
Commercial Arbitration
Dr. Obaid S. Busit

7 .Conclusion

Notwithstanding the quantity of theories regarding the proper law which propose solutions to the problems arising when considering the applicable law, arbitrators still are faced with this problem in their choice of proper law. The parties can avoid this difficulty if they have been wise enough to choose expressly which law is to apply to their agreement.

This situation encourages the writer to look for new rules for determining the proper law . One trend which has come to the fore is support for the denationalization of arbitration, decoupling arbitration from municipal law. Writers supporting this delocalisation are trying to unlink the last connection between arbitration and municipal law, and they have succeeded to some extent. The system succeeds in that a number of conflict problems are eleminated by the use of these rules. Further, this system fills a gap in the municipal law system. Yet this should not be taken as a replacement for the municipal law system.

The lex mercatoria rules do not derive their binding force from any state authority, and therefore they do not provide a sufficiently substantial and solid system. An award based on this principle cannot be enforced by itself alone, it needs a system which can enforce it, otherwise it will be no more than a piece of paper with no value.

The system of lex mercatoria may be used in co-existence with, and may supplement whenever appropriate, rules of domestic law, where the issue or salient point in question is not regulated by it. This latter point applies especially to transnational agreements, for which states tend not to regulate. By this reunion, arbitrators and parties will avoid conflicts of law, reduce the chances of a dispute, and if a dispute arises they will be of considerable assistance in finding the right solution between the arbitral tribunal and the state court where the arbitration took place.

enforcement.[123]

The "delocalisation " of the procedure in order to avoid the mandatory rules in the country where the arbitration takes place is considered to be a violation of public policy. English law is not bound by the parties choice of law of procedure but rather give them this right: parties may choose the place of arbitration and thereby choose the procedure prevailing in that place.

The choice of place, however, must not affect the parties. Lord Wilberforce said in Whitworth Street Estates.[124]

> ...the place might be chosen for many reasons of convenience or be purely accidental; a choice so made should not affect the parties rights.

The choice of law governing the procedure must not violate public law and the choice of law must not affect the parties rights. But, under the 1979 Act, What may arise here is that parties can,by agreement in writing, exclude the right to bring a question of law before the court, if the parties to an arbitration agreement allow the enclosure of such a clause. The parties to an international agreement may also do this before a dispute has arisen if they expressly agree to exclude court power.[125] In theory this might be possible if the requirement needed to be fulfilled. However, what will be facing this kind of contract, in the case where the parties add this clause in order to avoid mandatory rules, or their implementation, may affect the parties' rights. In this situation the exclusion agreement will not limit the court's jurisdiction.

---

123. See Lawrence Collins, supra.

124. Supra.

125. Ole Lando,"The Lex mercatoria In International Commercial Arbitration", (1985) 34 ICLQ 747-768.

London. When a dispute arose, the Spanish owners sought to restrain an arbitration in London on the ground that the arbitration clause was invalid. On the evidence of Spanish law it was held that an agreement by a Spanish company to arbitrate in London was not contrary to Spanish law. In the argument it was suggested that it might be possible for the arbitration in London to be subject to Spanish law. Hobhouse J. seems to have thought that although it might be "*conceptually possible* ... it would, for practical purposes,be impossible."[119] Thus arbitrators in England are subject to the mandatory rules of English law relating to arbitral procedure. [120]

Obviously the parties sometimes refer to a procedure law of another state, in order to avoid the implementation of the provision of mandatory rules or public policy in the place of arbitration law. Such a choice may be annulled because it violates public policy. Parties may choose the rules of "*lex-mercatoria* " although they may have no link with the dispute, purely to avoid the mandatory rules in the place of arbitration. This option does not find support in English law. Arbitrators in England are subject to mandatory rules of English law relating to arbitral procedure. Arbitrators cannot avoid these rules simply by applying the lex mercatoria rules,[121] even if the arbitration is held under the auspices of international arbitration. Under English law, foreign arbitration is subject to the law of the seat[122], and any foreign award which is not made in conformity with the law governing the arbitration procedure may be refused

----

119. [1984] 1 Lloyds Rep. 652 at 655.

120. Arbitration in England is subject to the review procedures of Arbitration Act 1979 except to the extent that they have been validly excluded by an "exclusion agreement" Dicey & Morris op. cit Rule 58 p. 542

121. Lawrence Collins supra

122. Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd. v. James Miller & Partners Ltd, supra.

This is, in general, the rule by which parties and arbitrators determine the law governing the procedure in international commercial arbitration. The same rules may be used in domestic arbitration in cases where the parties fail to choose the law. The legal systems are not at odds with the international arbitration on this point. To what extent has this point been dealt with in domestic arbitration?

In England, the 1950 and 1979 Arbitration Acts did not provide a comprehensive set of rules for procedure law; these acts said little about how the procedure by which arbitration should be conducted.[115] The parties are able to choose the law, however, this liberty must not oust the court's supervisory jurisdiction over the tribunal or be used with the intention of violating mandatory rules.[116]

When the parties' agreement is silent on the proper law, arbitrators may consider the proper law according to the seat of the arbitration. There is a '...strong presumption" that applicable law may be the proper law which is the law of the country where the arbitration took place.[117] In this case the applicable law has been determined according to the law of the seat. However, parties may sometimes choose a law of procedure, other than the law of the place of arbitration. The normal situation is where the parties may choose the place or the seat of the arbitration and thereby choose a procedure in that place.[118] In Cia Maritima Zorroga SA v. Sesostris SAE (The Marques de Bolarrque),a charter party between a Spanish Shipowner and Spanish charterers provided that it was to be governed by the Spanish law and any disputes were to be settled by arbitration in

114. Goldman (op. cit 85) p. 124

115. Hans Smit and Vratislav Pechota, The World Arbitration Reporter, (vol.2 A,1988) p. 2736.

116. See Bank Mellat V. Helleniki Techniki supra.

117. *Tzortzis* v.Monark Line A/B[1968] 1 WLR 406.

118. Lawrence Collins, The Law governing the agreement and Procedure in international arbitration in England.

> The rules governing the proceedings before the arbitrator shall be those resulting from these Rules and, where these Rules are silent, any rules which the parties (or, failing them, the arbitrator) may settle, whether or not reference is thereby madeto a municipal procedural law to be applied to the arbitration.

In the case where the parties failed to make use of their autonomy, the arbitrator is given the freedom to determine the procedural law either directly or by reference to a seat of arbitration rules. The New York Convention considers that the applicable law to arbitral procedure is subject to a variable degree of autonomy: that of the seat of arbitration or the law chosen by the parties.[112]

In contrast, the Inter-American Convention of 1975 provides in Article 3:-

> In the absence of an express agreement between the parties, the arbitration shall be conducted in accordance with the rules of procedure of the Inter-American Commercial Arbitration Commission.

The European Convention of 1961, de-emphasizes the significance of the seat of arbitration as a connected factor, and gives party autonomy the outer limits.[113] The freedom of the parties and the arbitrators is not limited by the mandatory rules of municipal law, or the law of the place of arbitration. The *Lex situs* arbitration may be applied where the parties do not agree on the rules of procedure, and the arbitrators have not settled such a rule.[114] However, the freedom of the parties and the arbitrators must not be contrary to public policy.

---

112. Article V (1) (d).
113. Georges R. Delaume, Transnational Contracts:applicable law and settlement of disputes, booklet 15,(1986).

Nevertheless, the policy of the English court must keep in line with other countries by showing some "softness" regarding this system which has spread throughout Europe, in order to avoid losing its position amongst the other states as a centre of commercial arbitration. No harm will come from the enforcement of an arbitral award on the ground of *ex aequo et bono* provided that it does not violate public policy,or by imposing the limitation on this principle or by adopting a clear policy of not enforcing such an award.

The willingness of English courts to enforce an arbitral award based on this principle is obvious when examining some cases in the English courts. Decisions have indicated a possibility of approving the principle of *Lex-mercatoria* even though this approval is not disclosed formally yet, but it may be assumed that such approval will be forthcoming in the near future.

6. The law governing Procedure

The law governing procedure is the law which regulates the arbitral tribunal regarding its constitution, and the course arbitrators should follow during the hearing of the case, as well as requirements pertaining to the proceedings and matters that follow from it,the appointment of the arbitrators, the law which the arbitrators have to apply, powers and duties of the arbitrators and the requirements relating to the arbitral award.

The parties are free to designate, or provide for the designation of arbitrators, by defining the procedure to be followed in arbitral proceedings. The proper determination may be made in the arbitral agreement as in *ad-hoc* arbitration or reference to domestic rules applicable within the context of institutional arbitration. Article 11 of the ICC Rules provides:-

In Bank Mellat v. Hellniki Techniki S A,[109] Kerr L J stated:-

> Despite suggestions to the contrary by some learned writers under other systems, our jurisprudence does not recognize the concept of arbitral procedures floating in a transnational firmament, unconnected with any municipal system of law.

Two decisions followed Lord Denning's decision to uphold the traditional view of the English court as being unreceptive to an arbitrators application of any non-national principle to a contractual dispute.The Court of Appeal's decision in Deutsche Schachtbau-undTiefohrge-sellschaft m.b.h.v.Ras Al Khaimah National Oil Col,[110] concerning a case where the arbitral tribunal had determined in pursuance of ICC Rules Article 13(3), that the proper law was "*internationally accepted principles of law governing contractual relations* ".The decision in this case contradicted the prior case. However, it was supported by Lord Denning's decision in Eagle Star in his attempt to enforce the arbitral award. Even though this arbitral award was based on non-national principles and in terms that the enforcement would be contrary to public policy,Sir John Donaldson stated in his judgement:-

> I am left in no doubt that the parties intended to create legally enforceable rights and liabilities and that the enforcement of the award would not be contrary to public policy... By choosing to arbitrate under the rules of the ICC and, in particular, Article 13(3), the parties have left, the proper law to be decided by the aribtrators and have not in terms confined the choice to the national systems of law.[111]

----

109. [1984] Q.B. 291.
110. [1987] 2 Lloyds Rep., 246.
111. Ibid p. 245

does not mean "equity" in the legal sense of the word at all.

The arbitrators in an English arbitration must apply the law, otherwise, the award will be considered an "Alsatia of the King's writ".[105] In English law, a contract is governed either by English law or by some specific foreign law. But not by different principles such as *Lex mercatoria.* The court will set aside awards based on such rules.

By 1978 the court attitude show signs of "softening" on the principle of lex mercatoria. More recent occurences might be taken as an indication of a willingness to depart from the old principle. In Eagle Star V. Yuval Inns[106],the arbitration clause was set out in terms similar to the clause in the *Orion* case. The expectation was that it would settle in accordance with the judgement of *Orion.*[106(1)]

The Court of Appeal's decision was unexpected in considering the agreement, even if based on "equity". Lord Denning justified this action by arguing that the "equity" clause in the case does not oust the jurisdiction of the court but only ousts technicalities and strict construction. The only ground on which anything could be found wrong would be "public policy". Lord Denning found no reason to invoke that ground.[107]

In Amin Rasheed Shipping Corporation v. Kuwait Insurance Co. [108] Lord Diplock remarked that contracts are incapable of existing in a legal vaccum.It will not be more than a piece of paper, unless made by reference to some system of private law.

---

105. Supra note 102.
106. [1978] Lloyde Rep[.357].
106 (1). Supra
107. Ibid p. 362
108. [1984] A.C.50,[1983]3 WLR 241

an agreement to shut out the power of the King's Courts to guide the proceedings of inferior tribunals without legal training in matters of law before them is calculated to lead to erroneous administration of law and therefore injustice, and should therefore not be recognized by the court...I think commercialmen will be making a great mistake if they ignore the importance of administering settled principles of law in commercial disputes and trust to the judgment of business man.[102]

The approach remains one of considering any departure from these rules as invalid because it would violate or offend public policy.

In the case of Orion Cia. Espanola de Segores v. Belfort Meats[103]

the contract comprised a clause in the following terms:

The arbitrators and umpire are relieved from all judicial formalities and may abstain from following the strict rules of the law. They shall settle any dispute under this agreement according to an equitable rather than a strictly legal interpretation of its terms and their decision shall be final and not subject to appeal.

Megaw, J, stated[104]: -

... it is the policy of the law of this country that, in the conduct of arbitration, arbitrators must in general apply a fixed and recognizable system of law, which primarily and normally would be the law of England, and that they (arbitrators) cannot be allowed to apply some different criterion such as the view of the individual arbitrator or umpire on abstract justice or equitable principles, which, of course ,

---

102. Czarnikow v. Roth Schmidt[1922}2 K.B.478 at p.488
103. [1962] 2 Lloyds Rep.257
104. Ibid.

agency agreement, it did not infringe any mandatory rules within the meaning of Article 595(6) of the ZPO and;

2.in determining the amount of damages on the basis of equity without special authorization from the parties, the arbitral tribunal did not transgress the limits of its competence within the meaning of Article 595(5) ZPPO.[99]

French jurisprudence adopted the same approach in the same case the *tribunal de grands instance* of Paris, held that applying the principle of good faith (lex mercatoria) the arbitrators did not rule as *amiables compositeurs* and therefore they did not exceed their power under the agreement.[100]

Th civil law court is not reluctant to enforce an award rendered according to the *lex mercatoria.* The only requirement of the Court of *Cassation* in France to enforce this kind of award is that the award has not violated public policy.[101]

We may ask what is the English attitude to the *lex-mercatoria* With regard to the limitations of a system whereby arbitrators reach their decision without relying on any particular national legal system, and by ignoring the mandatory rules of English law, do the courts still have the same attitude or has it changed with time?

The traditional attitude of the English court is unreceptive to an arbitrator's application of non-national principles. Such an application might be taken as ousting judicial jurisdiction which is not possible in England. Lord Justice Scrutton stated that:-

---

99. Ibid.
100. Ibid.
101. Ibid.

The first example will be in a civil law country. This is a dispute about the validity and the enforceablity of an award rendered in Vienna by an arbitral tribunal under the auspices of the ICC.[97] The award concerned the termination of an agency agreement between the French corporation (Norsolor) and its Turkish agent(Pabalk). The award did not rely on any national legal system. The arbitral tribunal was faced with the difficulty of choosing a national law sufficiently applicable to comply. In this award the tribunal concluded that, given the international nature of the agreement, international *lex mercatoria* should be applied. The judgment of the arbitral tribunal found in favour of the Turkish party by finding the French party responsible for the termination of the agency agreement. The French party challenged the award on the grounds of violation of mandatory rules according to Article 595(5)and(6) of the Austrian code of civil procedure(ZPO) which stated:-

> an award rendered in Austria could be set aside inter alia if the arbitral Tribunal dealt with matters beyond those referred to it... and if the award violated mandatory provisions of law [98].

The Tribunal of Commerce of Vienna dismissed the Norsolor claim. However, the Court of Appeal set aside the award on the grounds that the arbitral tribunal exceeded its power in referring to *lex-mercatoria*. The arbitral tribunal should have grounded its decision in a particular national legal system.

The Austrian Supreme Court, however, disagreed with the Court of Appeal,and reversed this decision on the following grounds:-

1.in relying on the principle of good faith to determine the principal's liability for the damage caused by the termination of the

---

97. (1985) 24 ILM 360-363.

98. <u>Pabalkticaret V. Norsolor</u>, (1985) 24 ILM 360-363.

developing countries.[95]

5.3 The courts attitude towards lex mercatoria

Before discussing court attitudes towards lex mercatoria it is helpful to examine whether or not *Lex-mercatoria* favours court regulation and interference in arbitration?

Delocalisation implies more than the autonomy of arbitration within a legal system. It envisages detachment of the process from any one system, at least until enforcement of the award is sought. In particular , " the obligatory force of an arbitral award need not necessarily be derived from the law of the place where the award happened to be rendered".[96]

Thus the fact that a mandatory rule of procedure of the *Lex-loci arbitri* is infringed, thus Preventing execution of the award in that country, is irrelevant to its enforcement in another state not possessing a similar rule. This study will move on to examine the system in civil law countries, and in common law countries, and to what extent the court is willing to apply this principle. Is the court able to enforce an award even if it has been settled according to *lex mercatoria* ?

---

95. See, Amin Rasheed shipping Corp., v. Kuwait Ins. Co.,[1983] 3WLR 241(law of Kuwait did not include marine insurance provision and the case was turned on marine insurance contract)

96. J.Pulsson, Delocalisation of International Commercial Arbitration: when and why it matters, (1983) 32 ICLQ 53.

Applying the rules of *Lex-mercatoria* may lead to avoidance of any challenge to "state sovereignty"which could arise were arbitrators to apply the laws of another nation. In the dispute between the Arabian American Oil Company and the Kingdom of Saudi Arabia, Arbitration was hled in Geneva under an *ad-hoc* submission agreement.[92] The arbitral tribunal refused to apply the Swiss law even though it is the law of the seat of the arbitration. It justified its refusal by saying:-

> Although the present arbitration was instituted, not between states, but between a state and private American corporation, the Arbitration Tribunal is not of the opinion that the law of its seat-should be applied to the arbitration...
>
> Considering the jurisdictional immunity of a foreign state, recognized by international law in a spirit of respect for the essential dignity of sovereign power, the Tribunal is unable to hold that arbitral proceedings to which a sovereign state is a party could be subject to the law of another state. . . For these reasons,the Tribunal find that the law of Geneva cannot be applied to the present arbitration. It follows that the arbitration, as such, can only be governed by international law...[93]

Also it can serve to resolve the difficulty between states and private parties concerning the so-called " mixed state contracts " to avoid the tangle of nationalization and unilateral action by the host state.[94] Another reason given for avoiding the application of a host country's laws is the inadequacy of those laws, especially in

---

92. Aramco Arbitration (1963)27 I.L.R. p117

93. Ibid at p.155-156

94. Keith Highet, " The Enigma of The Lex Mercatoria", (1989)163 Tulane Law Review 613-628

5.2 Why Lex mercatoria?

The question arises, why resort to lex mercatoria? Why do parties choose to delocalise their agreement from the municipal or the national law? One reason lies in a consideration of the general rules. Parties may fail to choose any substantive law which arbitrators could apply if there is no suitable rule or no suitable equivalent in the applicable national law, or if national law is not applicable (in a case where a contract is concluded outside the scope of any national law), or sometimes the parties (where one of the parties is a government) disagree with one of the applicable laws. A state government does not wish to submit to the law of foreign states. A private party may also not wish to have the contract governed by the laws of a foreign government because of the partiality of its courts, or maybe because there is some obligation in the law of this government which could prove contrary to the interests of the private party. In this case the arbitrators may apply"*Lex-mercatoria".* Private parties, when entering into an agreement with a state government, fear the application of the national law of that state for lack of impartiality or the possibility of a change in the national law such as the"nationalization law . " The TOPCO[90] decision illustrates the application of this principle. In that case the Libyan Government accepted stabilization clauses in a concession agreement with the foreign parties. The arbitration held:-

The recognition by international law of a state's right to nationalize is not sufficient to allow a state to disregard its previous contractual commitments, because the same principle also recognises the power of a state to commit itself internationally.[91]

---

90. Texaco Overseas Petroleum Co., V. Government of the Libyan Arab Republic (1978) 17 ILM 1.

91. Ibid.

Article 42(1) of the Washington Convention of 1965 also supported this issue when it provides:-

> The tribunal shall decide a dispute in accordance with such rule of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the tribunal shall apply the law of the contracting state party to the dispute (including its rules on the conflict of law), and such rules of international law as may be applicable.

Finally, Article 33(3) of the UNCITRAL Arbitration Rules and Article 13(5) of the ICC Arbitration Rules, provide the rules for determining the applicable law, and give the arbitrators the right to take account of the relevant trade usage.[89]

These are the International authorities which support the use of *lex-mercatoria,* which, in the absence of any choice of substantive law by the parties, arbitrators are required to apply if they deem them to be applicable. Scholars and writers, like Goldman, take Article VII of the European Convention as the authority which arbitrators should follow in this kind of situation even though the Convention does not state to what circumstances the rules of *lex mercatoria* are considered to apply precisely. Rather, the Convention is dedicated to the determination of the rules of conflict which should be applied in the case where the parties fail to do so. The matter of "trade usage" (lex mercatoria) ranks as subordinate. The Convention, during its discussion of the rules which determine the applicable law, does not state that "trade usage" is a rule which arbitrators should apply, but only that they may "take account" of it,at least if required . The Convention introduced this section as a guide to arbitrators in order to assist them in their work. This applies equally to the UNCITRAL and the ICC rules. The rules must not be taken as an original reference, to be applied instead of municipal law, but rather as matter of a gap-filler in the municipal system of substantive law.

---

89. Goldman (op. cit no. 85) p.123.

The theory disregard the place of arbitration,that is, location is of no significance in determining the applicable law. The arbitral tribunal is not connected to the law of the place where the arbitration takes place. Thus the parties avoid any involvement in the technicalities of any national system and their rules which may be unsuited to international contracts.The theory goes further, stating that conflict-of-law is irrelevant to international commercial arbitration, because the arbitrators should not decide the dispute according to any municipal substantive law.[86]

5.1 The origins of the system

The system has its source and support from Article VII of European Convention of 1961. Its text, and particularly Art. VII about applicable law, "has been widely commented upon and widely used by arbitrators acting beyond the field of its ratification".[87] This Convention provides for arbitrators a way in which they can determine the applicable law, and in the case of parties failing to indicate the applicable law, arbitrators "shall apply the proper law under the rules of conflict that the arbitrators deem applicable. In both cases the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usage".

The term "trade usage" which is the chief component of *Lex-mercatoria*, has been taken as an indication that the lex mercatoria is allowed by the Convention and is the foundation of non-national arbitration.[88]

---

86. Michael Mustil & Stewart C. Boyd, The law and Practice of Commercial Arbitration in England (London 1989) P.80-82.
87. Anghelos Foustoucos "Lex-Mercatoria (Its dangers and means to guard against misuse)" Paper submitted in MMEIA Cairo January 7-12-1989.
88. Ole lando (op.cit no.83)

process,which is partly an application of legal rule and partly a selective and creative process, is here called application of the *Lex mercatoria.*[83]

The rule may come as a clause of an agreement to exclude the application of every municipal law, and provide for exclusive application of the general principles and usages of international trade.[84] The rule of *Lex-Mercatoria* in certain contractual clauses may imply, for example , an amiable composition clause, which empowers the arbitrators to decide ex aeque et bono.[85]

---

83. Ole Lando,"The lex mercatoria in International Commercial Arbitration" (1985) 34 ICLQ 747.
84. ICC Award, Case No.1110/1963, cited by lew.op.cit at 553
85. Berthold Goldman,"The Applicable Law:General principles of law-the law of lex mercatoria", Contemporary problems in international arbitration (Lew,ed.1987)p.113.

look for a system which excludes the court's right to interfere. By applying international law, this is deemed to deprive the court of all its jurisdiction. The rule is controversial even among arbitration commentators. Some support the rule[80] other argue against it [81].

This theory may be defined as the proposition that arbitration should be independent of any domestic arbitral system,including the law of the country where the arbitration takes place.

It has also been defined as :-

> The customs of the business community may combine all general principles of law to create a system of commercial self-determination.[82]

One commentator has formulated the issue :-

> The parties to an international contract sometime agree not to have their dispute governed by national law.Instead they submit it to the custom and usages of internationl trade, to the rules of law which are common to all or most of the states engaged in international trade or to those states which are connected with the dispute.Where such common rules are not ascertainable the arbitrator applies the rule or choose the solution which appears to him to be the most appropriate and equitable. In doing so he considers the laws of several legal systems. This judicial

---

80. See Jan Paulsson.in, Arbitration unbound:Award detached from the law of its country of origin ,(1981)30 ICLQ 359-387.
81. See William Park,The "Lex loci Arbitri and International Commercial Arbitration", (1983)32 ICLQ 21-52.
82. W.L.Craig, W.W.Park, and J.Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration(Paris1984),Article35.02.

5 The lex mercatoria [79]

This issue should be discussed in the course of the discussion of the theories of the applicable law.However, it has been necessary to postpone discussion to the end due to the controversial nature of this issue. This issue is disapproved of by some states. Enforcing an award according to these rules is considered contrary to public policy, and as ousting the right of the national law to supervise arbitration taking place in its territory.

The phenomenon of the "delocalisation" of the arbitral process is a concept which has been propunded in recent years by some writers as part of the internationalisation of commercial law.Arbitration has taken many steps to reach this point. When the system of arbitration was in its infancy parties preferred to take their disputes to special tribunals in order to settle the dispute under the supervision of a competent court, which has the right to review, remit or set aside an award under Sections 22 and 23 of the English Arbitration Act of 1950, if the arbitral tribunal violated the law. After some time, the parties were granted the right to exclude court interference from the arbitration process by embodying in their agreement the exclusion agreement under Sections 1 and 2 of the 1979 Act. However, this did not abolish all court powers. A more fundamental restriction on intervention has arisen in the context of transnational arbitration, leading the parties and the writers who oppose court supervision to

---

79. It is not easy to provide an exhaustive list of all the elements of the *Lex-mercatoria*. The main elements of which the system consists are Public International law, Uniform law for example, Uniform Law, on the Sale of Goods of 1964, The general Principle of law among such principles are the pact sunt servanda, the Rules of International Organisations such as the UN, UNCTAD.. ect, Customs and Usages such as the INCOTERMS, Standard form Contracts, Reporting of Arbitral Award.

the issue at hand, that is, the applicable law in an arbitration agreement.[76] Supporters of this theory argue that Article V of the Convention deals implicitly with this issue. Article V(1)(a) of the Convention provides that the law applicable to the arbitration agreement is "the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon,...the law of the country where the award made" . Writers who support this approach include Mr. Van den Berg. According to him:

> A systematic interpretation of the Convention in priciple, permits the application by analogy of the conflict rules of Article V(1)(a) [77]

The uniform conflict rules for determining the applicable law are not expressed in the Convention. They come in the course of discussing the enforcement of the arbitral award.[78] Article V(1)(a) provides for two conflict rules. The first rule is party autonomy, which accords to the parties the choice of the law which is to govern the arbitration agreement. The second rule refers to any case where the parties fail to indicate the applicable law. The award may be governed by the law of the country where the award was made.

---

76. Samia Rashed,"Arbitration in Private International Relation", Vol.1, Cairo, 1984
77. Albert Jan Van den Berg,"The New York Arbitration Convention of 1958",(Kluwer Netherland 1981) p.126
78. Ibid.

the law.[73] Others consider the arbitrators as the agent of the parties and make a determination on their behalf which does not involve the actual merits of the dispute.[74]

Thirdly, the case where the parties fail to indicate the applicable law "In both cases the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usage." Even in this situation the arbirators do not have unlimited choice to determine the law,but their choice is levelled by the reference to the terms of the contract and trade usage.

Article VII uses the phrase " take account of". This might cause problems where national law conflicts with trade usage. Does national law prevail? Dr. Samia Rashid consider that national law must yield to *lex mercatoria.*[75] To what extent this principle is implemented depends on the state's attitude towards *lex mercatoria.* But will national law yield to non-national rules? In theory it might, but in practice it is doubtful.

4.2 New York Convention of Recognition and Enforce-ment of Foreign Arbitral Awards of 1958.

The New York Convention does not specify the applicable law issue (in contrast with the European Convention of 1961), because the specific subject of the Convention does not interefere with the issue of applicable law, nor did it establish a system regulated by conflict rules. Its purpose is to render compulsory among parties the enforcement of an arbitral award.Therefore the Convention subject does not interfere with the issue of applicable law. However, one can argue that article V of the Convention does in fact deal implicitly with

73. see Eiz-Aldeen (op. cit no. 13).
74. See Jean Robert and Thomas E. Carbonneau (op.cit.)
75. Infra.

4. The International Convention provision on the applicable law.

4.1 Tthe European Convention on International Commercial Arbitration 1961.

This section will examine the regulation of applicable law in the International Conventions. Article VII of the European Convention 1927 deals with the issue of the applicable law in an international arbitration:

> The parties shall be free to determine, by agreement the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute. Failing any indication by the parties as to the applicable law,the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that arbitrator deems applicable. In both cases the arbitrators shall take account of the terms of the contract and the trade usage.

Article VII specifies the ways by which to determine the applicable law in an international arbitration agreement. It contains three situations of interest. First, it considers the case whereby the parties specify the applicable law. This recognition of " party autonomy" obliges the arbitrators to apply without change the law chosen by the parties. The arbitrators' authority in this situation is limited to applying the law chosen by the parties.

The second situation is where the intention of the parties is not clearly expressed. "Failing any indication the arbitrators shall apply the rules of conflict that they deem applicable".Although it may look as if the arbitrators have chosen the applicable law, the work of the arbitrators is confined to application of the rules of conflict to determine the applicable law. The parties' choice is implied , and the role of the arbitrators is to look for that implied choice, not to choose

What is the most appropriate theory by which to determine the applicable law? This question is not easy to answer. The answer depends on the particular circumstances of each case: the facts, the place where the arbitration took place, the place of the enforcement, the extent of the arbitrator's jurisdiction,and the parties to the arbitration agreement.All these factors play an important role in the choice of a suitable theory. Where a theory is accepted in the West, it does not mean that it will be accepted in Eastern countries. The last-mentioned theory, for example, does not yet command full support from some countries and they consider it as a violation of public policy. Therefore the arbitrator should consider all these facts when determining the applicable law and choosing the right theory in the light of rules of conflict of the state. He should examine the attitude of the country where the enforcement is sought towards the rules he will apply. Also, choosing one of the theories limits the field of applicable law.Arbitrators should have more alternatives in this matter so they can select the proper applicable law for each case.

According to some of the previous theories arbitrators have unlimited autonomy to choose the applicable law. These theories which grant the arbitrators such a right, find no support in some national legal systems. For instance, arbitrators in English Law are subject to mandatory rules relating to arbitral procedure, and they are subject also to the review procedure of the arbitration Act of 1979.[71] Thus where an arbitration takes place in England pursuant to International Chamber of Commerce rules it is an English arbitration and not super-national arbitration. An English arbitrator "{cannot} apply any conflict of law rules other than English rules; nor can he apply substantive law other than that of a fixed and recognizable system...arbitrators in English arbitration must apply English law or some specific foreign law.[72]

---

71. Dicey & Morris (op.cit. p.542).

72. Ibid at p. 543

rules.[67] This must not be taken as dismissal of the conflict-of-law rules, but rather in the course of looking for the applicable law arbitrators should not go so far as to determine a particular (national) conflict of law system. Instead it suffices that they will determine the rule of conflict deemed most relevant.[68]

g.The application of non-national rules.

In the absence of any choice of substantive law by the parties, and arbitrator, in some cases may apply a full non-national standard such as *Lex-Mercatoria*, standard usages, or general principles of law. In this case the arbitrators do not only disregard the rules of conflict law but also those of any national system. In general two elements in a contract might permit the application of such non-national standards. First, the existence of an arbitration clause in an international transaction, together with the international nature of the dispute. Secondly, when considering a dispute over an economic development agreement, particularly those containing a "stablization clause" which limits a sovereign's capacity to alter the rights of private parties, arbitrators invoke a non-national standard to assess the validity of the stablization clause in order to protect the private party's right.[69]

The principle sought is to detach international commercial arbitration from state control by the law of place. The dispute will be settled by a set of rules that do not owe their origin to any national law.[70]

---

67. Marc Blessing"Inernational Arbitration Procedure-II"(1989) 17
68. See ICC Article 13.3
69. A.Redfern & M. Hunter (op.cit no.1) p.79
70. The principle shall be discussed in detail infra

was performed and residence of the parties. The arbitrator, after an analysis of these and other factors came to a conclusion, without considering any conflict rules, that the contract had its closest and most real connection with Iran.[63]

In domestic systems it is closely akin to the English "proper law" test. It has been defined by Dicey & Morris as : -

> The system of law by which the parties intended the contract to be governed, or, where their intention is neither expressed nor to be inferred from the circumstances , the system of law with which the transaction has its closest and most real connection.[64]

The same theory is found in the American private international law : -

> The right and dispute of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local law of the state which with respect to that issue, has the most significant relationship to the transaction and the parties under the principles stated in sec.5 .[65]

One writer attributed the development of the theory to the movement away from rigid conflict of law presumptions towards a more flexible and realistic conflict of laws methodology.[66] This is a modern solution in the determination of the substantive law applicable to the dispute directly without passage via the rigid conflict of law

---

63. ICC award No.1717, 1972.
64. Dicey & Morris " The Conflict of Law ",(1987 11th ed.) p. 1161.
65. Restatement of Conflict of laws 2nd by the American Law Institution sec.188.
66. Lew (op.cit no.54) p.342.

Swiss and the Germany conflicting law do not differ, so he choose a substantive provision common to Germany and Swiss law:-

> It is necessary to underline from the outset that the question of the law applicable is only of interest if there exists between the system of law to which the parties are submitted a true conflict of law. As German and Swiss laws impose similar solutions in matter of the law of obligation and commercial law, one may thus, as general rule abandon the research for the applicable law.[61]

(ii) When there is a true conflict of law. Arbitrators may face a case in which the substantive rules of the various countries connected with the dispute do not lead to a similar outcome.Arbitrators in this case can apply a national law directly without having recourse to any conflict rule and without giving reason for the application of such substantive law of a certain country.[62]

The theory is helpful to arbitrators in international commercial arbitration. An arbitrator can in this way reach the most appropriate solution by choosing the applicable law according to his experience in this field without resorting to rigid rules such as the rules of conflict. In practice, many arbitral awards have been determined by the arbitrators with out reference to the rules of conflict. There are several arbitral awards where the applicable law has been determined by the arbitrators as the proper law of the contract. A clear application can be drawn in an award on a dispute between a Yugoslavian seller and an Iranian buyer in a contract concluded in Iran. The arbitrators examined several factors to determine the system of law which had the closest relation to the contract, like the place where the contract was concluded, the place where the contract

---

61. ICC award No. 2172, Doc. No.410/2384, 1974.
62. Croff (op. cit no. 9) p. 632.

choose a set of general principles of conflict of law from these international bodies for settling the dispute.[56] The arbitrators examine several bodies of international law from which to choose a set of general principles of conflict of law.[57]

f.The choice of substantive national law.

In this stage the arbitrators choose one national substantive rule and apply it to the dispute without reference to any conflict-of-law rules. Thus an arbitrator may settle a dispute by directly applying the law of England for instance, without refering to any of the foregoing conflict-of-law analysis.[58] In all the cases so far discussed the arbitrators have relied on specific rules of conflict-of-laws. So, rather than the arbitrators following rigid conflict-of-laws rules and applying the law of place of contracting, or the law of payment, or the law of the place where the principle has his main business establishment, the arbitrators consider all these factors of the case and then apply the law of that country.[59]

The arbitrators make such a choice, in two different types of situation:(i) when there is a false conflict of laws . The rules lead to the same outcome, in that he may apply one of the substantive law and disregard the rules of conflict.[60] In the ICC arbitration concerning sale of goods between a German and a Swiss individual, the arbitrators did not apply any conflict rules when he found that the

---

56. Ole Lando (op.cit no. 3).

57. Article VII of the European Convention, art. 33 of the UNCITRAL RULES AND ART.13(3) OF THE ICC Rules authorize arbitrators to apply such texts.

58. Croff (op.cit no. 9) p.632

59. See Lew (op.cit no. 4) p. 341.

60. Ibid p. 632.

> Even if it is generally admitted that judges decide on the applicable law according to conflict of laws rules of the state for which they render justice, the arbitrator cannot have recourse to such rules to the extent that they do not derive their power from any state. But if they can show on the question in issue that the conflict rules of the different states with which the matter submitted to apply these common conflict rules since they can be sure of satisfying the implicit or supposed intention of the parties from which they derive their power.[54]

The theory has been restricted to particular cases. First there must be a "false conflict". Among conflict of law rules "false conflict" occurs where the systems connected to the dispute lead to the same result in the rules of conlfict. Secondly the arbitrator has to decide which countries are connected with the dispute.[55]

The weakness in this theory is that it assumes that the conflict-of-law rules in the countries connected with the dispute have the same rules, and lead to the same result in the disputes at issue.Where there are different conflict of law rules(and this is common in international arbitration dispute) this theory does not apply.

e.International conflict of law rules.

This is the last stage before arbitrators abandon any indication to a national law. The principle is based on the bodies of private internationa law such as the Hague Convention on the law applicable to International Sale of Goods of 1955.The international arbitrators

---

54. ICC case No.1176, cited by L.Colllins infra.
55. Croff (op.cit no.9) p. 627

specialist in the field:they may have expertise in the Business law of their country,but not the conflict rules of that country.

Regarding the option of applying the parties conflict-of-law; this will not pose a problem in case where both parties are from the same country. But the practice is that the parties coming from a different jurisdiction take the law of either one of the parties which may leave the other party dissatisfied.

d. The cumulative of conflict of law system concerned with the dispute.

The theory provides the arbitrators with various alternatives from which to choose the one which best suits the case. According to this theory arbitrators examine all conflict-of-law rules adopted by the different national legal systems connected with the dispute submitted to them.[52] Arbitrators ascertain that all these legal systems lead to the same conclusion. They all selected the same national law as the law applicable to the contract.[53] The arbitrator does not need to choose one set of private international law rules, but can base his decision according to cumulative choice connected with the dispute. The theory has the practical advantages that both parties will be satisfied, and the country where the arbitral award might be enforced will recognize the applicable law chosen by the arbitrators, since the choice of applicable law is based on the conflict-of-law rules related to the dispute. This has been illustrated in this award:

---

52. Pierre Lalive, "Possible conflict of law and the rules applicable to the substance of the dispute", ICCA Lausanne Interim Meeting 1984 Report VI

53. Croff (op. cit no. 9)

b. The conflict-of-law rules of the court which has original jurisdiction.

The second technique used, is to recognize the substantive law by applying the conflict-of-law system of the court which would have jurisdiction if there were no arbitration agreement.[48] This theory has been advanced by the Italian scholar Dionisio Anzilotti. The theory has been criticized on the grounds of the difficulty in determining the national court which would have jurisdiction in a case which involved transactions between parties from different countries.[49]

C.The arbitrators or the parties rules of conflict-of-law.

According to this theory arbitrators should apply those conflict-of-law rules of which the arbitrators have the best knowledge. This assumes that the arbitrators are connected to the legal system, and can recognize the conflict-of-law rules of his personal law.[50] The weakness is that it overlooks the test theory that should be followed by the arbitrators to consider the conflict-of-law: the nationality, the domiciler or the residence of the arbitrators. The theory assumes much about the arbitrators' personal knowledge of law. The knowledge of the arbitrator of his personal law must not be taken as knowledge of conflict-of-law rules.[51] This may be taken as underestimating the international arbitrators by considering them unable to understand their own conflict law system. Arbitrators are sometimes not

---

48. Ibid.
49. Ibid.
50. Ibid.
51. Pierre Lalive, Les regles de conflict de lois appliquees au fond du litige par l'arbitre international seegeant en Suisse.Rev. ARB. 155(1976).

is construed as the implied choice of the forums law.[42] In the UK the choice of the forum is considered to be "irresistible". However, in Compagnie d'Armement Maritime SA[43] the forum was considered as one factor, but was not held to be irresistible.[44] Because parties often choose the forum for arbitration without any intention of submitting to the forum's law, parties may choose a forum for its geographic con venience or because the arbitration institution is in it, although it has nothing to do with the substance of the dispute or an implicit choice of law.[45] The theory is criticized on the grounds that "focus upon the jurisdictional aspect of arbitration leads to attribute to the seat of arbitration all of the characteristics of an ordinary seat of jurisdiction... localization of the proceeding, there are no organic links betwen the dispute and the place of proceeding.[46] Another criticism is that the seat of the arbitration is sometimes not obvious. Where the parties do not specify the place of arbitration in an arbitration clause, the will of the parties fails to determine the applicable rules of conflict; and the choice of the applicable rules is made at the arbitrators discretion, not by the will of the parties.[47]

---

42. Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 US 509,519 (1974):Lummus Co.V. Commonwealth Oil Ref. Co., 280 F. 2nd 915, 924 (1st Cir. 1960)
43. Supra
44. [1971] A.C 572 H.L.p. 596, par Lord Wilberforce"... should not be treated as giving rise to a conclusive or irresistible inference"
45. See Groff (op. cit no. 9) at p. 626
46. Jean Robert and Thomas E. Carbonneau, " The French law of arbitration " (New York 1983) PP. 4.11
47. Croff (op. cit no. 9).

right to choose the applicable law. The privilege of choosing the applicable law shifts to the arbitrators. However, the choice of the substantive law must come in the light of the implied will of the parties.[39] The arbitrators are entitled to this right pursuant of Article VII of the European Convention which provides for the case in which the parties fail to specify the applicable law:

> ... Failing any induction by the parties as to the applicable law the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict which the arbitrators deem applicable.

Under the rules of the Convention, which rules of conflict should arbitrators apply? Is it the law of the place of the performance of the contract, or should they use the rules of the place of contract formation, or even some other conflict rules? Arbitrators could choose any substantive law that might be designated by any given conflict of law rules, indeed both the ICC and ICSID arbitration rules provide that , in the absence of guidence from the parties, the choice of law may be made by whatever conflict rules the arbitrators deem appropriate.[40]

One writer considers that the rules of conflict of the forum designated by the parties for arbitration may be taken to consider the applicable law.[41] The courts in the United Kingdom and the United States follow the same approach concerning the forum: forum selection

---

39. El-Hakim (op. cit no. 14).

40. ICC Rules art. 13(3); ICSID Rules 42 (1)

41. Goldman B., "International Arbitration In Europe", IBA Seminar in Arbitration in Western Europe, Moscow 5-7 June 1988, p. 34.

the search for applicable law is made by assuming the hypothetical "presumptive will" of the parties.[37] Such a search is the task and responsibility of the arbitrators. This is the second possibility in which the agreement is silent as to substantive law. The theory of "presumptive will" provides that the will of the parties exists, even though it is not recognized.

a. Seat Theory.

Some scholars believe that an arbitrator is bound by the principle of conflict-of-laws to apply the law where the arbitral tribunal is seated to consider the substantive law governing the arbitration agreement. According to one supporter of the theory "an arbitration clause, as any other contract between private parties, cannot be suspended in the air, but must draw its authority from a national law provision."[38] The theory has been confronted with a case in which the arbitration was held in more than one place. What then is the will of the parties? It is likely this situation could be resolved according to the International Convention: the New York Convention of Recognition and Enforcement of Arbitral Awards of 1958. Article V considers that the solution to a case in which an arbitration was seated in more than one place, would require the arbitrators to consider where the award was to be "rendered". That location would then be considered to be the seat of the arbitration, and, in corresponding with the seat, the substantive law will be notified. Article VI of the European Convention of 1961 adopted the same approach.

The failure of the arbitrators to ascertain and determine the applicable law or the "presumptive will" of the parties has been taken as an omission attributed as a waiver by the arbitrators of the parties'

----

37. English law no longer accepts the "Presumptive will" theory
38. Croff op. cit no. 9 p. 625

An English court held that an agreement to submit to the jurisdiction of the court or to arbitration in a particular country is evidence of an intention to apply the law of that country.[32] In Tzortzis v.Monark Line A/B[33], the parties failed to specify the applicable law. The court's decision was "... there is a strong presumption that the proper law of contract {including the arbitration clause} is the law of the country in which the arbitration is to be held".[34] But this presumption, though strong, can be rebutted. That was what the House of Lords upheld in Compagnie d'Armement Maritime SA v.Compagnie Tunisienne de Navigation[35], in which a contract was made in France between a French shipowner and a Tunisian charterer for the transport of oil from one Tunisian port to another, payment to be made in France. The parties provided for arbitration in London. However, the House of Lords considered French law to be applicable even though the parties chose London as a forum for the arbitration. This departed from the old approach to the forum , since the contract has no connection with England except in the arbitration clause. The House of Lords, in the former case, emphasized that an arbitration clause is only one of several circumstances to be considered in determining the proper law.[36]

32.Choice of the applicable law by the arbitrators

Where the parties fail to indicate expressly or implicitly the law which will govern the substantive of the agreement,and circumstances do not give any indication of the intention of the parties,

---

32. Hamlyn & co., V. Talisker Distillery , [1894], A.C.202
33. [1968] 1WLR 406 C.A.
34. Ibid
35. [1970] 2 Lloys Rep 99; [1971] A.C.572
36. Ibid.

in settling conflicts problems.[28]

The parties' failure to choose a law governing their dispute present the arbitrators with a myriad of choices. Two possibilities are examined here. The first is where the parties' intention is not clearly expressed but can be derived from the agreement. The second choice is where the parties fail to designate the law and no inferred choice can be detected from the terms of the agreement.

3.1. The concealed choice

Where the parties' intention is not clearly expressed in the agreement there may be a strong presumption of the proper law. The implied choice of law is an 'actual'[29] choice by the parties, however it is concealed , and the arbitrators or a court of competent jurisdiction have the right to investigate it.[30]

Arbitrators in international commercial arbitration select the substantive law where the agreement is silent in two stages: first they seek those rules of conflict-of-law which have the closest connection with the case. Then they determine the applicable law according to those rules. The arbitrators decide the applicable law according to the features of and circumstances surrounding the contract, such as the arbitration institution handling the arbitration; language used in the contract; nationality of the parties and the arbitrators.[31]

---

28. David J. Branson and Richard E. wallace, "Choosing the Substantive Law to apply in International Commercial Arbitration", 27 Virginia Journal of International Law , p.39-64.

29. The House of Lords Judgment in Amin Rasheed Shipping Corp., Infra

30. Supra note no. 10.

31. Eiz-Aldeen op. cit no.13.

"denationalization" of arbitration , who give the parties the right to choose a non-national system of law, e.g.the general principle of international trade law or perhaps even an extra-legal standard e.g. *amiable composition*.[27]

Probably the opinions of the first group are closer to being right than those of the second group which disregard any connection between the *lex*-fori and the agreement. It is likely that this latter principle will not be appreciated and supported by the state where enforcement is sought in a case where the applicable law chosen by the parties has no link with dispute. Thus arbitrators should judge the applicable law in the light of the enforcement of the award and the connection of it and the other elements which play an important role in it (such as the law of the arbitrators; the nationality of the parties,subject matter of the contract, the place of performance...); all these features must be taken into account, by the arbitrator and if he should find no connection between these factors and the choice of applicable law he may disregard this choice.

3. The implied or tacit choice of law by the parties

Parties to an arbitration agreement sometimes fail to include the law governing their contract in the agreement due to disagreement on the choice of applicable law, because of the different countries they come from with different economic and political and legal backgrounds, or because they simply overlook the issue, prefering to leave it open rather than not to conclude the contract, postponing to leave it open rather than not to conclude the contract, postponing it until a dispute arises. This causes unnecessary expenditure and delays

---

27. Lew. (op.cit no.4) pp.82-84

respected and it cannot be disregarded.[24]

He justifies his view by arguing that the arbitrator's power " does not derive, as in the case of national court, from a sovereign state, but from the parties' agreement".[25] According to him the seat of arbitration is fortuitous and there is no system of private international law competent to challenge the choice of applicable law by the parties.[26]

The writers' opinions regarding the limitation of the choice of law varies between, on the one hand, support for the limitation, and on the other, disagreement with the limitation on party autonomy.If one accepts the principle that arbitrator should examine the law produced by the parties under some conflict of law body, that means that arbitration may act as any national court.

Arbitrators should select one system of private international law from among several which has a close connection with the dispute: i.e. with the seat of arbitration; and/or the law of place where the contract was performed. The arbitrator's choice must not diverge away from these alternatives, because any departure from this principle might be taken as a matter of evading national law.

Another opinion follows the same conditions brought by the pervious writer, but the latter goes one step further in that he declares that the will of the parties should be respected without examination of whether there is a limit to party autonomy under some of the conflict of law rules. Supporters of this opinion are the people who support the

---

24. Fouchard, L'Arbitrage Commercial International 356 (Dalloz-Paris 1965).
25. Ibid.
26. Ibid.

fori[20] .Mann takes a strict position by disregarding party autonomy if the applicable contract law has no connection under the conflict rules of the *lex* fori[21]. The notion held by Mann is based on the principle of *lex* fori which, according to him,is the main source used to determine the applicable law. According to Mann's view, applicable law in an arbitration agreement must not be chosen without national law having a close connection with the contract.

A third writer sees this point in a different way from the former writers: he maintains that the parties should be allowed to choose the applicable law because " it {the law} might have a reference to the case which at first sight is not apparent."For example, parties choose the national law of the arbitrators because they (the arbitrators) are familiar with it. [22] However this does not apply in all kinds of contract. In certain contracts parties may choose only the law which does not violate fundamental public policy. In this situation arbitrators are required to disregard the parties' autonomy.[23]

Finally , one writer is a follower of the theory of the contractual nature of arbitration. He says:-

> When two parties with an agreement decide to settle their dispute by arbitration they have the right to choose the law which should be applied by the arbitrators, that choice should be

---

20. Mann, lex facit arbitrum,in Liber Amicorum for Martin Domke , 157 (The Hague 1978) quote from Croff (op. cit 8).
21. Ibid.
22. Haardt,"Choice of Law in Arbitration Agreements", in Essays on the law of International Trade. Festshrift Shmitthoff,215 (1973).
23. Ibid.

fundamental policy of the state where the arbitration takes place.[17] The principle of party autonomy, even though accepted, is subject to certain limitations which differ in several conflict of law systems. However, the different limitations of the principle of party autonomy are in fact irrelevant because in practice parties usually do choose the law which has the closest connection with their contract except in some cases where the parties refuse to apply the law with the close connection. When international traders from different countries decide to include an arbitration clause in their contract they may feel that choosing the national law of either party could prove unsatisfactory to the other party. In such a case they would choose the law of a third country which would not necessarily have any connection with either party or the contract.[18]

The opinions of writers vary regarding the role of the arbitrators on the issue of the parties' choice of applicable law. Are arbitrators able to intervene in the choice by imposing limitations on it, or may they merely ensure that the parties' choice is not in conflict with the law of a nation?

The pioneer in this point was Sauser-Hall, who, at the meeting of the Institute of International law,suggested a preliminary solution of the issue. He is one of the supporters of the "mixed nature" of arbitration. Nevertheless, he emphasized that parties do not have unbounded freedom on the choice of the applicable law.The choice must be pursuant to the conflict rules of the legal system of the *lex* fori[19]. According to one of the writers the choice of the applicable law is not made by the parties alone but by the parties by means of the *lex*

17. Restatement of law 2nd by American Law Institute sec. 187.

18. Croof (op.cit 9) p. 617.

19. Sauser-Hall, Annuaire de l'Institut de Droit International, 394(1957-II).

7-12,1989.

The 1950 and 1979 English Arbitration Acts are silent on this point. Under English practice, however, the parties may state their choice of law in their agreement. It is the duty of the arbitrator to respect their choice. So long as the intention expressed is "bona fide and legal"[15].

The vagueness of the above-mentioned Acts has been filled out by the rules of private international law. On applicable law, the requirements of the English system may be summarized thus:-

> No court, it is submitted, will give effect to a choice of law (whether English or foreign) if the parties intended to apply it in order to evade the mandatory provisions of that legal system with which the contract has its most substantial connection and which for this reason, the court would in the absence of an express or implied choice of the law have applied.[16]

The US legislature approached this point in a general sense, the Restatement of Law 2nd by the American Law Institute, provides the following in section 186:-

> Issues in contracts are determined by the law chosen by the parties.

This section accepts party autonomy. However, this acceptance is tied to certain conditions, in requiring that any law the parties choose should have a substantial relationship to the parties or the transaction, and the chosen law must not be contrary to the

---

15. Vita Food Products, Inc. V.Unus Shipping Co.,[1939] A.C.290.
16. Dicey & Morris <u>The Conflict of laws</u> Rule 145 sub-rule I [1980 10th.ed] pp. 755-56.

11. Decision of Judge Lagergren, cited by lew (op.cit. no.4) p. 98.

save the arbitrators time. However,granting the parties this right may result in the parties choosing a law different from that which governed the contract when it was made. In Aminoil arbitration this point was considered by the arbitral tribunal:-

> Although it may in theory be possible for litigation to be governed by an assemblage of rules different from that which, before the arbitration, governed the situations and matters that are the subject of the litigation, there must be a presumption that this is not the case.[12]

2. Limitations on party autonomy

An arbitrator should apply the law chosen by the parties and is obliged to respect their choice of that law and should not attempt to change it. This does not mean that the parties enjoy unlimited right to choose any law they want. The parties are free to choose the "proper law" governing their dispute. But this choice must not be unlinked with the dispute in that they may not choose a system of law which has no connection with the disputed transaction.[13] If the intention of the parties is to avoid the implementation of a provision of public policy in their national law or law governing their contract, such a choice might be annulled by arbitrators on the grounds of violating the international public policy.[14]

---

12. American Independent oil Company Inc. (Aminoil) V. The Government of the State of Kuwait, (1982) 21 International Legal Material, 976, at p. 1000.

13. Eiz-Aldeen Abudleh " Conflict of law in international arbitration" Al-adaleh vol. 22 [1979] p. 47-64.

14. El-Hakim Jacques "Govening law Effects of silence or hurried choice" paper submitted in MMEIA Conference Cairo January

7. UNCITRAL Arbitration Rules, Art. 33.1

various system) tacitly .[8]

The principle of party autonomy is well recognized both at common law and civil law[9]. An English Court upheld that : -

> Parties are entitled to agree what is to be the proper law of their contract.[10]

But when is the time to choose ? Is this right limited to the time at which the contract is made, or is it open to the parties at any time during the dispute? Some writers say that choice is possible at any time, even during the hearing of the dispute. In a dispute between an Argentinian national, resident in Germany and a U.K. corporation, in relation to a contract made and performed in Argentina, the parties choose the Argentinian law to govern their agreement. The arbitrator said: -

> The parties have agreed that Argentina law is the proper law of the commission agreement (or agreements), and should their choice of law, which was only made during the course of arbitration proceedings, not by itself be binding upon me, I have no doubts about the correctness of their conclusion in that respect.[11]

There is no harm in giving the parties the right to choose the applicable law during the hearing of the dispute, because this will

---

8. Pierr Lalive, cited in lew, (op.cit no. 4) p. 87.

9. Carlo Croff, " The applicable law in international commercial law: is it still a conflict of law problem " (1982)16 International Lawyer, 613-645.

10. Whitworth Street Estates (Manchester)Ltd. v. James Miller and Partners Ltd [1970] A.C 383.

affecting international contracts of arbitration.[4] The New York Convention of 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards recognised indirectly the parties' right to ohoose the law governing their contractual relation. It provides: in Article V(1)(a) that the recognition and enforcement of a foreign arbitration award may be refused if the arbitration " agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it " [5] The European Convention of 1961 recognised this directly , in providing : -

The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute.[6]

The UNCITRAL Arbitration Rules provide that:-

The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute:. [7]

This principle has gained universal acceptance in the field of international commercial arbitration . Party autonomy has been explained by one writer saying: -

There are few principles more universally admitted in private international law than that referred to by the standard terms of the "proper law of the contract " according to which the law governing the contract is that which has been chosen by the parties , whether expressly or (with certain differences or variations according to

----

4. Lew J.D.M., Applicable law in International Commercial Arbitration (New York 1978) p. 85.

5. Ibid.

6. European Convention of 1961, Art. VII

choice of law, or else because they overlook the issue?[2] Should it be assumed that parties who remain silent on this issue do so in order that the choice of law governing their dispute be made by the arbitrators ? If so, is an arbitrator free to apply any law? What rules do arbitrators use to determine the applicable law? Is an arbitrator bound by such rules?

This paper will deal with the various factors involved in determining the applicable law which governs the substantive law of arbitration by the parties and the arbitrators. It will also examine to what extent the national law recognizes a choice of procedures or the merits of the dispute in accordance with universal legal principles , rather than those derived from the legal system of individual states,or whether such decisions are made without reference to any legal principles and in accordance with some broader principle such as the *Lex-Mercatoria.*

1. Party autonomy :

The parties to arbitration may try to agree on a particular law as being applicable in a dispute. The parties usually agree to choose a law which is neutral or well developed to govern their agreement.[3]

The international conventions and the model rules on international commercial arbitration recognise the freedom of the parties to choose the law which governs their contract or arbitration agreement. This recognition can be seen in almost every major treaty or uniform law

---

2. J. Stewart McClendon & Rosabel E.Goodman,International Commercial Arbitration in New York p.115.
3. Ole Lando " The law applicable to the merits of the dispute" , contemporary problems in international arbitration, (Law D.M.Edite) 1986 p.101.

Introduction :

Arbitration as means of settling commercial disputes between parties of different nationalities has been a popular and successful alternative to national court proceedings.Moreover, arbitration allows the parties to choose the applicable law governing their agreement. International arbitral rules generally allow the parties to an arbitration agreement to choose the substantive law that will govern the dispute. [1] However, this right of choice of applicable law involves various elements , one of the most troublesome of which is the choice of substantive law to be applied in a given dispute.

An arbitrator is bound to reach a decision in accordance with the law chosen by the parties. But what happens if the parties fail to specify the applicable law , either because they cannot agree on the

---

1. See A. Redfern & M. Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration , (1986) P. 70



The Determination of Applicable Law

in International Commercial Arbitration

By

Dr.Obaid S. Busit *

---

* Lecture at the Dep. of Law Civil Procedure Faculty of Sharia and Law University of U.A.E.

Actions taken by the bankrupt on the day the afore-mentioned judgement is issued are considered as having taken place after its issue.

The Operation of handcuffing of a bankrupt persists until the occurrençe of .

(1) A court settlement is concluded between the bankrupt and the majority of the creditors ; or

(2) A state of union of creditors comes into being .

Handcuffing of a bankrupt

By
Dr. Hussein Ghanayem
Department of Law
Faculty of sharia & Law
U.A.E. University

Handcuffing of a bankrupt is the act of banning a person from administering, litigating or disposing of his personal property and assigning that to a trustee (administrator of bankruptcy). It comes forth in execution and pursuance of the judgement of declaration of bankruptcy.

In ancient days, the body of the debtor as well as his personal property were exposed to execution. He was sold or slaved, or his corpse was apportioned among his creditors. It was well known that **" He who can not pay with his purse pays with his skin"** .

The object of handcuffing a bankrupt is two fold:

(a) to provide for equality in the distribution of the debtor's property among creditors of the same rank, and,,

(b) to enable a person embarrassed with debts to rid himself of his liabilities in a proper manner so that he can make a fresh start.

Handcuffing of a bankrupt is immediately effective from the day in which the judgement of declaration of bankruptcy is issued .

ascertaining each element. It has also identified the rule relating to punishment of larceny, and the mode for applying these rules, including the factors responsible for their application. The study did not neglect the concept of guarantee and has addressed the question of whether it is possible to combine such concept with the concepts of punishment and /or excuse from punishment .

The purpose of this study is to present the principles of larceny in comparative Islamic jurisprudence through a modern approach so that legislative and judicial authorities in the various Islamic States may be able to benefit from it by borrowing what they deem necessary for their religious policy. In this world that is becoming smaller and smaller and which its states share to some extent similar values and regimes with complex relations and interets, it is essential that Islamic States adapt to this new approach. It will help them establish the rules of Islam in a manner consistent with their true meanings and objectives, and put them in a position to be sure of what they are doing in the manegement of their affairs.

The Rules of Larceny in Islamic Law

By
Dr. Mohamed El- Alfy
Department of Shariah
Faculty of Sharia & Law
U.A.E. University

The rules of larceny in Islamic jurisprudence were critized on the ground that they were contrary to human rights norms rocognized by the Western civilization. This criticism was produced by the practical application of these rules in some Islamic countries. The objection to these rules, perhaps, came as a result of the speedy enactment of legislation, which did not take into consideration all the rules and precepts dealt with by the different schools of thought in Islamic jurisprudence. Such practice by such States is incompatible with the legislative policy of Islam and resulted in the narrow conception and application of the rules of larceny in Islamic jurisprudence.

The importance of this study lies in its attempt to analyse the rules of larceny in the light of opinions of all the jurists belonging to the four jurisprudential schools in Islam which have been accepted by the Muslim communities as the final authority in the interpretation and application of Islamic principles. These jurisprudential schools are : Al Hanafi , Al Maliki, Al Shafiai, and Al hanbali .

The study has delt with the definition of larceny, its different elements (the thief, the victim, the object of larceny and the act of larceny), the means for proving larceny, and the conditions for

Jurisprudential Principles of Repulsing Contrediction Among Previsions in The Islamic Jurisprudence

By

Dr. Abdul Salam S. Hamid
Assistant Prefessor, Faculty of Sharia
and Islamic studies, University of Kuwait

This research deals mainly with the principles of solving contradiction between two provisions ; a Quranic /Sunnah Provisions and another Quranic or Sunnah Provisions.

The researcher presents the opinions of Muslim Jurists of different schools of thought and their evidences. He, furthermore , defines the concept of " Contradiction" in both linguistic and jurisprudential terms.

The research stipulates the basis of the concept and its conditions.

The Right of Khiyar Al-Naqd in Transactions of Islamic Banks

By
Dr. Mohmed Osman Shubair
Faculty of Sharia
Jurdon University

The Subject of Khiyar Al-naqd (The right given to both the seller and the Customer to Carry out the Contract or to cancel it) , within a period of time is one of the important subjects in current financial transctions. This is quite clear when we know that Islamic banks need it and depend on it in their economic activities.

This research treats the reality of (Khiyar Al-naqd) , the views of jurists on this subject, the conditions of its application in contracts, its effect on contracts, and finally how it can assists in the transactions of Islamic banks transactions.

This study has demonstrated that (Khiyar Al-naqd) is a right which can be justified by laying down some conditions to be applied to both parties or to one of them, which permits the parties to carry out the contract or to cancel it if the price is not paid within a certain period of time. Therfore, this right or option can contribute in solving many problems confronting Islamic banks, such as the customer's delays in paying the whole price or the first installment of it .

The dissertation sat forth the ideas of each group indicating its merits together with its shortcomings and finally preponderating the viewpoint of Al Jumhour.

Taking the side of Al Jumhor was due to Alla's saying " **Men are the protectors and maintainers of women** " and to the saying of Prophet Muhammad (P.b.u.h.) " **A folk which entrusts its interests to a woman will never succeed** ." Moreover, the physical and female nature of a woman reinforce such argument which prevailled during the first Islamic epoches.

The Woman and The Judical Position in Islamic Jurisprudence

By
Dr. Mohmoud Abu- Lail
Department of Sharia
Faculty of Sharia & Law
U.A.E. University

This dissertation deals with the act of taking charge of the position of a judge by a woman in Islamic jurisprudence. It includes a survey of the viewpoints of the scholars concerning this issue classifying them into three categories:

The first viewpoint which was adopted by the consensus of scholars (Jumhour) completely forbade a woman to take charge of such a position, declaring her judgment to be void; if dissenting from the rule, she had taken charge of this position.

The second viewpoint which was adopted by the Hanafis and by Ibn Al-Qasim from the Malikis, forbade her to take charge of such a position but stating that her judgment is considered to be effective if it related to matters in which the evidence of a woman is admissible.

The third viewpoint which was adopted by the Dahiris , Al Taberi and Al-Hasan Al Basri , allowed her to take charge of such a position dealing with all matters.

incapable of influencing such problem. The second matter, is to draw attention to the achievements of Islamic jurisprudence in solving modern problems . The third matter, is to highlight the practical problems in insurance, and find the appropriate solutions to such problems through the function of the state in its control of the grocesses of insurance.

Second there must be a correlation between the installment of insurance and the amount necessary to cover the risk of the members of the system as a whole, and finally, there must be a linkage between the amount of insurance that the insured will receive and the occurrence of the danger insured against . Third , the problem of the legality of insurance must be solved throught an inquiry into the objective of the system of insurance .

This article, then, turned to focusing upon the difference between commercial insurance and cooperative insurance. It has concluded that there is an independent insurer from the members of the system of commercial insurance in his effort for profit through the process of the system. In this respect, the article took the view that the profit in reality is a compensation for the insurer's guarantee of the rights of the insured from his own funds , and explained that giving such guarantee by the insurer in exchange for a profit is not contrary to the rules of Islamic law.

The third concept links the legality of insurance to the practice of insurance companies. In this regard, this article notes three practices by insurance companies considered to lead to the illegality of insurance . The first relates to insurance on certain interests that are not recognized in Islamic jurisprudence. The second, relates to the unfairness in the determination of the amount, and the third , concerns the efforts of insurance companies not to pay the beneficiary.

This article has shown that these practices do not affect the essential nature of the system of insurance, and has explained how modern legislations are trying to control such practices.

This article in the end has summarized the benefits to be gained from it. These benefits are in these three matters. The first matter, is the emphasis on the real problem, and not on the ineffective factors

The first concept is that the notion of insurance is simply a contract like any other contracts. Its legality will depend on its status in the classification of contracts as a contract of exchange and a grant.

According to this concept, commercial insurance is considered to be an exchange contract and consequently is illegal because of the usury resulting from the imbalance between the installment of insurance and the amount of insurance.

Cooperative insurance on the other hand, is deemed to be a grant , and is legal because there is no usury in such grant .

This article has rejected the distinction between these two types of contracts on the ground that both of them are based on exchanging values and no grant is involved. It has concluded that the fundamental conception from which this distinction flows does not appreciate the reality of insurance and its system.

The second concept is that insurance is a reality consisting of a system which includes a group of people exposed to the same danger, and that its objective is to cover the financial consequences of the risks, which the members of the group are faced with. The means for achieving this objective is a contract by which each member undertakes to pay his share to cover the risks that the members become liable, in exchange for financial coverage for himself in case the danger insured against occurred to him .

This article has explained that this concept exists in both commercial insurance and cooperative insurance. The article then organized the logical results of this concept which are :

First, installment of insurance should not be considered as the equivalence of the amount of insurance which will preclude usury.

Views on the position of the contemporary Islamic Jurisprudence on the question of Insurance

By
Dr. Mustafa El-Gammal
Dean of the Faculty of Sharia & law
of the U.A.E. University

This article analyzes and evaluates the positions of the contemporary Islamic jurisprudence regarding the question of insurance.

The practice in this respect is to present the views of those who consider insurance as a legitimate activity, and the views of those who consider it as illegal one , and deal with the arguments and replies offered in support of such views. This article, however, has adopted a different approach, based on tracing or examining the fundamental conceptions from which the different positions on insurance flow, and evaluate them in the light of their understanding of the system of insurance.

There are three major conceptions:

an Article or Comment), then (if a Comment) the title of the case, etc. being discussed.

6. The correct title of the author's present position should appear on a seperate page.

7. If a contribution contains Quranic verses, the verses must be written in Quaranic style.

8. All contrubitions are referred to Arbitration.

9. Authors will be notified within two months whether their contributions are to be published or not.

THE AIMS OF THE JOURNAL AND PUBLICATION POLICY

FIRST : The Aims

The Journal of Sharia And Law is published annually by the Faculty of Sharia and Law in the United Arab Emirates University. The aims of the Jounral are :

1. To enrich academic research in the fields of Sharia and Law, offering the opportunities to the academic staff to publish their researches.
2. To Strengthen academic connections and ties with other Faculties of Sharia and Law in GCC and Arab Universities.
3. To follow and document academic trends in the field of Sharia and Law through referring to new books, theses, conferences and seminars.
4. To offer the opportunities to exchange academic journals published by counterpart faculties.

Second : Publication Policy

1. Contributions are invited and received on the understanding that they are final, and not preliminary drafts and that they have not been accepted, and are not being considered, for publication elsewhere.
2. Contributions will not be returned to the authors.
3. Contributions may be written in Arabic, English or French.
4. Contributions should not exceed ten thousand words excluding footnotes, references and appendixes.
5. The author's name and address should be typed at the top of the first page of the typescript, followed by a (short) title for the paper (if





In The Name of God
Most Gracious,
Most Merciful



The United Arab Emirates University
FACULTY OF SHARI'A AND LAW

JOURNAL
OF
SHARI'A AND LAW

"A REFEREED ACADEMIC PUBLICATION"

ISSUE No 7/GAMADA EL AWAL1414 - NOVEMBER 1993